Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch Stellvertreter.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Friedrich Wagner
Gerichtsassessor aus Wettesingen, Kreis Wolfhagen

Marburg 1933

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg-Lahn

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 6. März 1933

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Aravantinos: Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. i. Jher. Jahrb. Bd. 48, S. 101 ff. Jena 1904.

Bremer: Beitrag zur Lehre vom Besitzerwerbe durch einen Stellvertreter. i. Linde's Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß. Bd. 11, S. 211 ff. und Bd. 20, S. 25 ff.

Biermann: Komm. z. Sachenrecht, 3. Aufl. 1914.

Brach: Zu § 164 Abs. 2 BGB. i. Recht 1901, S. 558 ff.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Diss. Tübingen 1910.

Cosack: Lehrbuch des Deutsch. Bürg. Rechts 5. Aufl. 1912.

Crome: System des Deutsch. Bürg. Rechts 1900, 1905.

Cohn: Das rechtsgeschäftl. Handeln für denjenigen den es angeht in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung. Marburg 1931.

David: Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertretungswillens. i. Recht 1901, S. 506 ff.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896.

Eccius: Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht. i. Gruchots Beiträgen Bd. 47, S. 51 ff.

Eccius: Erörterungen in Gruchots Beiträgen Bd. 48 und Bd. 53.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgl. Gesetzbuches. 1. 2. Aufl., Herausg. von R. Leonhard. 1. Bd. 1903, 2. Bd. 1904.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts 1. Bd. 9. Aufl. 1903, 2. Bd. 1. Abt. 8. u. 9. Aufl. 1905.

Engel: Eigentums- und Besitzerwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Diss. Breslau 1927.

Enneccerus—Kipp—Wolff: Lehrbuch des Bürgl. Rechts 1. Bd. 1. Abt. Allg. Teil, 9. Bearb. 18.—21. Auflage. Marburg 1923. 2. Bd. 1. Abt. Sachenrecht, 12.—14. Auflage. Marburg 1921. 1. Bd. 1. Abt. Allg. Teil. 13, Bearb. v. H. C. Nipperdey. Marburg 1931. Sachenrecht 9. Bearbeitung 1932.

Götz: Diss.: Eigentumserwerb des Auftraggebers bei verdeckter Stellvertretung. Diss. Breslau 1917.

v. Gusnar: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters. Diss. Leipzig 1929.

Hellmann: Zur Lehre v. d. Willenserklärung nach Bürgerl. Recht. i. Jher. Jahrb. Bd. 42 S. 413 ff. Jena 1901.

Hempel: Eigentumsübergang beweglicher Sachen nach § 929 Satz 1 BGB. bei offener und stiller Stellvertretung. Diss. Breslau 1927.

Hupka: Die Vollmacht. Leipzig 1900.

v. Jhering: Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. i. Jher. Jahrb. Bd. 1, S. 312 ff.

v. Ihering: Der Besitzwille. 1899.

Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerl. Gesetzbuch. Jena 1900.

Isay: Zur Lehre von den Willenserklärungen nach BGB. i. Jher. Jahrb. Bd. 44, S. 43 ff.

Jeroschewitz: Vertretung bei der Fahrnisübereignung. Diss. Königsberg 1922.

Jung: Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf nach dem In-

krafttreten des BGB. 1898). i. Zeitschrift f. d. g. Handelsrecht B.d 47, S. 183 ff.
Jung: Bürgerliches Recht. i. Das gesamte Deutsche Recht in systematischer Darstellung. Herausg. v. Stammler, Bd. 1 Berlin 1931.
Kohler: Vertrag und Übergabe. im Archiv für Bürgerl. Recht 1900, Bd. 18, S. 1 ff.
Kuhlenbeck: Das BGB. 1903.
Lehmann, Karl: Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. Leipzig 1912.
Lehmann, Karl: In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 51, Seite 268 ff.
Lehmann, Heinrich: Allg. Teil des BGB. 3. Aufl. Berlin 1928. in „Grundrisse der Rechtswissenschaft" Bd. 1.
Langen: Eigentumserwerb und -verlust bei Kommissionsgeschäften. nach dem Recht des alten und neuen HGB. Marburg 1900.
Last: Fragen der Besitzlehre. i. Jher. Jahrb. Bd. 62, S. 1 ff und Bd. 63, S. 71 ff.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht. i. Jher. Jahrb. Bd. 36, S. 1 ff. Jena 1896.
Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Leonhard, Franz: Lehrbuch des bürgerl. Rechts in kurzen Sätzen. Berlin 1923.
Leonhard, Rudolf: Der Allg. Teil des BGB. Berlin 1900.
Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Breslau 1901.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.
Manigk: Interessen-Jurisprudenz. i. Handwört. Buch der Rechtswissenschaft. 3. Bd. S. 309 ff. Leipzig 1928.
Mattstedt: Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Diss. Göttingen 1928.
Motive zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich 1888.
Mumm: Zur Auslegung des § 164 BGB. i. Recht 1901. S. 137 ff.
Müller: Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien. i. Gruchots Beitr. Bd. 54.
Müller-Erzbach: Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung. 1905
Müller-Erzbach: Der Durchbruch des Interessentenrechtes durch allg. Rechtsprinzipien. i. Jher. Jahrb. Bd. 53, S. 331 ff.
Neumann: Handausgabe des BGB. 6. Aufl. 1912.
Oertmann: Komm. z. Bürgl. Gesetzbuch. Allg. Teil, 3. Aufl. Berlin 1927.
Przibilla: Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter. i. Jher. Jahrb. Bd. 50, S. 323 ff. Jena 1906.
Przibilla: Zur Lehre vom mittelbaren Besitz. i. Jur. Woch. Schrift 1908, S. 395 ff.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung d. Entwurfs des BGB.
Planck: Komm. z. Bürgerl. Gesetzbuch. Allg. Teil 4. Aufl. Berlin 1913. Bearb. von Flad. Sachenrecht 4. Aufl. Berlin 1920. Bearb. von Brodmann.
Regelsberger: Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen. i. Jher. Jahrb. Bd. 44, S. 393 ff. Jena 1902.
RGR.-Kommentar: Bd. 1, Allg. Teil 6. Aufl. 1928. Bd. 3, Sachenr. 6. Aufl. 1928
Rosenberg: Kommentar z. Bürgerl. Gesetzbuch. Sachenr. 1919.
Rümelin: Das Handeln im fremden Namen. i. Archiv f. ziv. Praxis. Bd. 93, S. 131 ff Tübingen 1902.
v. Savigny: Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. 1865.
Schindler: Der Besitzerwerb durch Stellvertreter. Diss. Breslau 1927.
Schloßmann: Die Lehre von d. Stellvertretung. Bd. 1, 1900. Bd. 2 1902.
v. Staudinger: Kommentar zum BGB. Allg. Teil 9. Aufl. München 1925.

Bearb. v. Riezler. Sachenrecht 9. Aufl. München 1926. Erläutert von Kober.
Staub: Kommentar zum HGB. Bd. 1 und Bd. 3, 12.—13. Auflage 1926. Erläutert von Könige, Pinner, Bondi.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. i. Jher. Jahrb. Bd. 38 S. 1 ff. Jena 1898.
Stern: Eigentumserwerb durch Stellvertretung insbesondere bei verdeckter Stellvertr. Diss. Marburg 1923.
v. Tuhr: Der Allg. Teil des Deutsch. Bürg. Rechts. 2. Bd. 2. Hälfte. Leipzig 1918. i. Bindings-Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.
v. Tuhr: Zur Lehre von der Anweisung i. Jher. Jahrb. Bd. 48, S. 1 ff. Jena 1904.
Warneyer: Komm. z. BGB. 2. Aufl. Tübingen 1930.
Wendt: Der mittelbare Besitz des BGB. i. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87, S. 40 ff.
Windscheid—Kipp: Lehrbuch des Pandekten-Rechts. 9. Aufl. 1906.
Wolff, M.: Das Sachenrecht 1921. b. Enneccerus—Kipp—Wolff.
Zimmer: Die sog. stille Vertretung beim Fahrniserwerb nach § 929 Satz 1 BGB. Diss. Leipzig 1911—12.
Zitelmann: Übereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen. i. Jher. Jahrb. Bd. 70, S. 1 ff.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einteilung der Stellvertreter in direkte und indirekte; Abgrenzung von einander und vom Boten.

I. Kapitel.

Eigentumserwerb bei direkter Stellvertretung.

§ 2. Voraussetzungen der direkten Stellvertretung nach § 164 BGB. und deren Wirkung.
(Vertretungsmacht und Handeln im fremden Namen)

§ 3. Die Vertretung bei der nach § 929 BGB. nötigen Einigung.

§ 4. Die Vertretung bei der nach § 929 BGB. erforderlichen Übergabe.
(Ergebnis: Unanwendbarkeit der Stellvertretungsvorschriften § 164 ff BGB. auf den Besitzerwerb.)

§ 5. Ausnahme: Der Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 BGB.

§ 6. Ersatz für die unzulässige Vertretung beim Besitzerwerb bieten die §§ 855 und 868 BGB.

1. Der Besitzerwerb nach § 855 BGB.

§ 7. 2. Der Besitzerwerb nach § 868 BGB.

a) Genügt mittelbarer Besitz als „Übergabe" im Sinne des § 929 Satz 1 BGB.?

§ 8. b) Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes, Auftrag als Besitzmittelungsverhältnis.

II. Kapitel.

Eigentumserwerb bei indirekter Stellvertretung.

§ 9. Die richtige Fragestellung.

§ 10. Überblick über die Streitfrage nach gemeinem Recht.

§ 11. Im BGB. drei Gruppen von Theorien wegen der ungenauen Fassung des § 164 Abs. 2 BGB.

§ 12. Solche, die § 164 Abs. 2 BGB. und damit auch das Offenheitsprinzip auf die dingliche Einigung nicht anwenden und deshalb direkten Eigentumserwerb des Vertretenen auch ohne Kundbarmachung der Vertretung eintreten lassen.

§ 13. Solche, die § 164 Abs. 2 nur dann anwenden, wenn der Veräußerer das Eigentum auf eine bestimmte Person übertragen will, und nicht anwenden, wenn es dem Veräußerer gleichgültig ist, wer das Eigentum erwirbt; insbesondere auch „Geschäft wen es angeht".

§ 14. Solche, die § 164 Abs. 2 und das Offenheitsprinzip immer auf die dingliche Einigung anwenden und deshalb bei stiller Stellvertretung einen direkten Eigentumserwerb des Vertretenen verneinen.

§ 15. Die Frage des Eigentumserwerbs durch das sog. antizipierte Besitzkonstitut.

§ 16. Die Weiterübereignung vom Vertreter auf den Vertretenen durch Selbstkontrahieren des Vertreters.

§ 1.

Die fortschreitende Entwicklung und die dadurch erschwerte Gestaltung aller Lebensverhältnisse macht es dem einzelnen Menschen geradezu unmöglich, alle seine Angelegenheiten allein und aus eigener Kraft zu regeln. Gar oft ist der Mensch auf die Mitwirkung anderer angewiesen, deren Hilfe er in Anspruch nehmen muß, sei es bei Abschluß von Rechtsverhältnissen, sei es bei Verrichtung tatsächlicher Arbeiten. Die Mitwirkung fremder Personen beim Abschluß von Rechtsgeschäften, d. h. solcher Personen, die nicht Parteien des abzuschließenden Rechtsverhältnisses sind, gestaltet sich verschieden, je nachdem ob die „Hilfsperson" Bote oder Stellvertreter ist. Während der Bote lediglich die von einem anderen abgegebene Willenserklärung übermittelt, also nur das ausrichtet, was ihm aufgetragen ist, gibt der Stellvertreter eine eigene Willenserklärung, wenn auch für einen anderen ab.[1]) Der Vertreter hat also eine freiere Stellung als der Bote. L e h m a n n[2]) führt daher ganz mit Recht aus, die Frage, ob eine zugezogene Hilfsperson als Bote oder Stellvertreter auftreten solle, hänge von dem ihr eingeräumten Maß der Entschlußfreiheit ab. Wo die Entschlußfreiheit fehle, werde jemand als Bote verwandt. Vertreter sei jedoch die Hilfsperson, wenn ihr Spielraum für die eigene Entschließung gelassen werde, sei es nun hinsichtlich des Geschäftsinhalts oder der Auswahl des Vertragsgegners oder der zu kaufenden Gegenstände[3]).

Im Folgenden wollen wir uns mit der zweiten Gruppe, nämlich den Vertretern befassen. Die herrschende Lehre unterscheidet 1. direkte oder unmittelbare und 2. indirekte oder mittelbare Stellvertretung. Zum Merkmal der direkten oder unmittelbaren Stellvertretung gehört es, daß der Vertreter das Rechtsgeschäft für den Vertretenen für fremde Rechnung und fremdes Interesse vornimmt, und daß er dabei im Namen des Vertretenen handelt. Die Folge der direkten Stellvertretung ist, daß der Vertretene aus dem auf diese Weise für ihn abgeschlossenen Rechtsgeschäft unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird. Indirekte oder mittelbare Stellvertretung liegt vor, wenn der Vertreter zwar für fremde Rechnung, fremdes Interesse, aber in eigenem Namen handelt. In diesem

[1]) so auch Enneccerus § 166, Anm. I, 1a, S. 450. Staudinger-Riezler, § 164, Vorb. 2.
[2]) H. Lehmann, Allg. Teil d. BGB. § 36 I, 1a, 264.
[3]) Ähnl. auch Staudinger-Riezler, § 164, Vorb. 3.

zweiten Falle treten die Wirkungen des Geschäfts zunächst in der Person des als Geschäftspartei handelnden Vertreters ein. Erst durch weitere Rechtsakte z. B. durch Übereignung oder Abtretung müssen die Rechtswirkungen vom sog. Vertreter auf den Vertretenen übertragen werden[4]). Der Vertretene erwirbt Rechte und Pflichten aus dem Rechtsgeschäft zwischen Vertreter und Dritten erst mittelbar, nämlich auf Grund eines weiteren Rechtsgeschäftes. Manche Schriftsteller wollen daher in diesem Falle gar nicht von Stellvertretung sprechen. Leonhard[5]) bezeichnet den mittelbaren Stellvertreter als „Ersatzmann", andere haben den Ausdruck „Zwischenperson" oder „Geschäftsvermittler" vorgeschlagen. Keine der vorgeschlagenen Bezeichnungen hat sich jedoch durchzusetzen vermocht, und es wird daher, um Mißverständnisse zu vermeiden, die bei weitem geläufigste Bezeichnung „mittelbarer" oder „indirekter" Stellvertreter auch im Folgenden benutzt werden. Diese Bezeichnungen sind auch ungefährlich, wenn man sich nur über das Wesen und die Wirkungen dieses Rechtsinstituts klar ist.

Gegen diese von der herrschenden Lehre getroffene Unterscheidung von direkter und indirekter Stellvertretung wendet sich mit aller Entschiedenheit Schloßmann[6]). In seinem Werke „Lehre von der Stellvertretung" sucht er nachzuweisen, daß diese Unterscheidung falsch sei. Es gebe nur eine Vertretung, d. h. die Besorgung fremder Angelegenheiten auf Gefahr und Rechnung des Interessenten. Unmöglich könne man nach dem Willen des Vertreters und des Vertretenen und nach der äußeren Art des Auftretens des Vertreters unterscheiden, wen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts treffen sollten, den Vertreter oder den Vertretenen. Darüber entscheide allein das Recht nach objektiven Gesichtspunkten. Der Begriff des Handelns im eigenen und im fremden Namen sei inhaltlos, und der Begriff der Vollmacht beruhe auf einer Tautologie. Schloßmann hat jedoch mit seiner Lehre keinen Anklang gefunden und das mit Recht. Es ist nicht einzusehen, warum das Gesetz nach dem Parteiwillen nicht die Wirkungen des Rechtsgeschäfts unterscheiden sollte, vorausgesetzt, daß der Wille in den Erklärungen der Parteien einen erkennbaren Ausdruck gefunden hat. Das Unterscheidungsmerkmal, das Schloßmann an dessen Stelle setzen will, ist keineswegs brauchbar. Wenn Schloßmann die Frage, in wessen Person die Wirkungen der Vertretung eintreten sollen, ob beim Vertreter oder Vertretenen, dahin glaubt beantworten zu können, darüber entscheide das objektive Recht nach objektiven Gesichtspunkten, so

---

[4]) Vgl. Enneccerus § 167, I S. 454.
[5]) Franz Leonhard, Vertr. beim Fahrniserwerb S. 5 unten.
[6]) Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung S. 379, 380.

muß man zunächst mit Enneccerus[7]) die Gegenfrage stellen, wo sich im geltenden Recht diese objektiven Gesichtspunkte finden. Die Stellung des Vertreters, ob er Kommissionär, Agent, Prokurist, Vormund sei, auf die Schloßmann schließlich alles abstellen will[8]), kann allein nicht entscheidend sein. Man würde sonst zu einer völligen Knebelung des Vertreters gelangen. Der Angestellte könnte, sobald sein Anstellungsverhältnis dem Gegner bekannt geworden ist, nicht mehr für sich selbst erwerben; der Kommissionär könnte nie als direkter Vertreter eines Kunden auftreten, selbst wenn er es im Einzelfall aus vielleicht sehr triftigen Gründen wollte[9]). Ein derart starres und unbeugsames Recht, das sich den Verkehrsbedürfnissen nicht anpassen kann, wäre vollkommen unbrauchbar. Auch darüber, wie es gehalten werden soll, wenn sich feste Grundsätze über eine bestimmte Vertreterstellung noch nicht gebildet haben, gibt Schloßmann keine Auskunft. Diese Ausführungen dürften schon zur Genüge die Unhaltbarkeit der Lehre Schloßmanns dartun. Gegen Schloßmanns Lehre haben sich auch Manigk[10]), Hupka[11]) und Rümelin[12]) zum Teil mit recht eingehender Begründung ausgesprochen.

Die von der herrschenden Lehre getroffene Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Stellvertretung bleibt also den Angriffen Schloßmanns gegenüber zu Recht bestehen.

Statt der bisher gebrauchten Ausdrücke direkte und unmittelbare Stellvertretung wird von einigen Schriftstellern auch die Bezeichnung „offene Vertretung" vorgeschlagen. Statt der mittelbaren oder indirekten Vertretung wollen jene von „verdeckter" oder auch von „stiller Vertretung" sprechen[13]). Diese Bezeichnungen lassen noch schärfer als die anderen erkennen, daß die Unterscheidung der beiden Arten der Stellvertretung auf der Verschiedenheit des äußeren Auftretens beruht. Sie bringen schon in der Bezeichnung das verschiedenartige Auftreten des Vertreters zum Ausdruck. Der Vertreter, der offen als solcher auftritt, ruft Wirkungen sofort in der Person des Vertretenen hervor; der Vertreter dagegen, der seine Vertretereigenschaft verdeckt läßt, also gar nicht erkennen läßt, daß er als Vertreter handeln will, wird in jeder Weise als Selbstpartei behandelt. Da jedoch die Bezeichnungen indirekter und mittelbarer Vertreter noch üblicher und

[7]) Enneccerus, § 167, Anm. 1, S. 454.
[8]) Schloßmann, L. v. d. Stellv., S. 379, 354.
[9]) Vgl. Rümelin, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 93, S. 148.
[10]) Manigk, Rechtsgeschäfte, S. 298 ff.
[11]) Hupka, Vollmacht, S. 23 ff.
[12]) Rümelin, Arch. f. z. Praxis, Bd. 93, S. 135 ff, 293 ff.
[13]) Götz, Diss. 1917 und Hempel, Diss. 1927.

gebräuchlicher sind, als verdeckter oder stiller Stellvertreter, so sollen sämtliche Bezeichnungen zur Vermeidung von Mißverständnissen nebeneinander gebraucht werden. Dabei entsprechen sich die Bezeichnungen, direkter, unmittelbarer und offener Stellvertreter; und andererseits ist unter dem indirekten, mittelbaren, verdeckten oder stillen Stellvertreter stets dasselbe zu verstehen.

Will man das zur Erörterung gestellte Thema des „Eigentumserwerbs beweglicher Sachen durch Stellvertreter" behandeln, so ergibt sich nach den beiden Arten der Stellvertretung ohne weiteres eine Zweiteilung des Stoffes. Man wird angesichts der Verschiedenheit der Vertretung zwei große Fragen zu erörtern haben:

1. Wie gestaltet sich der Eigentums-Übergang bei direkter, offener Vertretung?
2. Wie ist die Rechtslage bei dem Eigentumserwerb, falls der Vertreter seine Vertretereigenschaft nicht hat erkennen lassen, also als indirekter oder stiller Vertreter aufgetreten ist?

Dabei ist noch eine Einschränkung zu machen. Die Untersuchung soll sich nicht auf die sämtlichen Eigentumserwerbsarten erstrecken, die überhaupt möglich sind, sondern sie soll auf den Fall des Eigentumserwerb gemäß § 929, S. 1 BGB. (Eigentumserwerb durch Einigung und Übergabe) als dem wichtigsten beschränkt sein.

I. Kapitel.

Eigentumserwerb bei direkter Stellvertretung.

§ 2.

Zunächst sei an Hand des Gesetzes der Fall der direkten Stellvertretung erörtert, soweit diese Regelung für die hier zu prüfende Frage des Eigentumserwerbs durch direkten Stellvertreter von Bedeutung ist. § 164 BGB. schreibt vor: Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Diese Bestimmung setzt also voraus: 1. Handeln des Vertreters im Namen des Vertretenen; 2. Handeln innerhalb der Vertretungsmacht. Das erste Erfordernis der direkten Vertretung, wonach der Vertreter „im Namen des Vertretenen" handeln muß, will zum Ausdruck bringen, daß nur dann Wirkungen in der Person des Vertretenen eintreten können, wenn der Vertreter bei Abgabe der Willenserklärung offen auf den Vertretenen hinweist. Der Vertreter muß klar erkennen lassen, daß nicht wie in der Regel der Handelnde selbst, sondern der Vertretene Ge-

schäftspartei sein soll. Die Vertretung muß dem Gegenkontrahenten gegenüber offen hervortreten. Leonhard[14]) hat für diese Tatsache den treffenden Ausdruck „Offenheitsprinzip" geprägt, der dann auch allgemein von Wissenschaft und Rechtsprechung angenommen ist. Nach § 164, Abs. 1, Satz 2 macht es keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll. In jedem Fall muß jedoch — ob ausdrücklich oder aus den Umständen erkennbar, das ist gleich — offen hervortreten, daß der Vertretene Geschäftspartei sein soll.

Als gleichbedeutsames Erfordernis der direkten Stellvertretung verlangt das Gesetz neben dem Handeln in fremdem Namen Vertretungsmacht. Will der Vertreter auf die Vermögensverhältnisse des Vertretenen einwirken, also den Vertretenen berechtigen oder verpflichten, so muß der Vertreter dazu das Einverständnis des Vertretenen eingeholt haben. Nur dann kann der Vertretene aus einer Erklärung des Vertreters berechtigt und verpflichtet werden, wenn der Vertreter Vertretungsmacht hatte und diese bei seinem Handeln nicht überschritten hat. Diese Vertretungsmacht kann eine gesetzliche sein, wie im Falle des Vormunds, Pflegers, oder sie kann auf einem Rechtsgeschäft beruhen. Man spricht dann von Vollmacht. § 166, Abs. 2 BGB. Diese ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten gegenüber vom Vertretenen erteilt werden kann.

Leonhard[15]) unterscheidet beim Eigentumserwerb durch Stellvertreter Erwerbsvollmacht und Empfangsvollmacht. Während nach der ersteren der Vertreter ermächtigt wird, für den Vertretenen das Eigentum zu erwerben, wird nach letzterer der Vertreter ermächtigt, über die Forderung des Vertretenen zu verfügen und die Schuldsumme oder den geschuldeten Gegenstand in Empfang zu nehmen. Beide werden meist zusammenfallen, unbedingt erforderlich für den Eigentumserwerb des Vertretenen ist jedoch nur die Erwerbsvollmacht. Liegt nun bei der Vertretungshandlung eine solche Vollmacht nicht vor, so treten die Wirkungen der Vertretung zunächst in der Person des Vertretenen nicht ein. Der Vertrag ist in der Schwebe. Die Wirksamkeit des Traditionsvertrages für und gegen den Vertretenen hängt bei fehlender Vertretungsmacht gemäß § 177, Abs. 1 BGB. von dessen Genehmigung ab. Falls der Vertretene genehmigt, wirkt die Genehmigung nach § 184 BGB. auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, also der Übereignung zurück.

Hat der Vertreter Vollmacht und handelt er offen im Namen

[14]) Leonhard, Vertr. b. Fahrniserwerb S. 2 ff.
[15]) Leonhard, Vertr. b. Fahrniserwerb, S. 55, 56.

des Vertretenen im Rahmen seiner Vertretungsmacht, so trifft die Wirkung des beabsichtigten Rechtsgeschäfts nur den Vertretenen.

§ 3.

Nachdem die Voraussetzungen und Wirkungen der Stellvertretung im allgemeinen erörtert sind, und danach der direkte Eigentumserwerb des Vertretenen möglich erscheint, ist zunächst zu prüfen, ob die vorerwähnten Stellvertretungsvorschriften auf den Eigentumserwerb überhaupt anwendbar sind, oder ob dafür Sonderregeln gelten.

Nach § 929, S. 1 BGB. ist zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Der Eigentumserwerb nach § 929 S. 1 ist also an zwei Voraussetzungen geknüpft: 1. Einigung, 2. Übergabe. Diese beiden Erfordernisse müssen bei der Untersuchung streng auseinander gehalten werden[16]). Sie sind beide gleich wichtig. Es muß daher getrennt geprüft werden, ob die Stellvertretungsvorschriften auf die beiden Bestandteile der Übereignung, nämlich die Einigung und die Übergabe Anwendung finden können.

Um entscheiden zu können, ob die Stellvertretungsgrundsätze auf die Einigung, die erste Voraussetzung für den Eigentumserwerb, anzuwenden sind, ist kurz auf die Rechtsnatur der Einigung einzugehen. Da die Stellvertretungsvorschriften entsprechend ihrer Stellung im allgemeinen Teil 3. Abschn. nur auf Rechtsgeschäfte Anwendung finden können, so ist zuerst zu untersuchen, ob die Einigung ein Rechtsgeschäft ist. Das BGB. gibt keine Legaldefinition des Rechtsgeschäftes, sondern setzt den Begriff des Rechtsgeschäftes als bekannt voraus. Nach der herrschenden Meinung, die auch in den Motiven[17]) ihren Ausdruck gefunden hat, gehört zum Wesen des Rechtsgeschäftes „eine Privatwillensäußerung, die auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist, der nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist“ [18]). Unter diesen Gesichtspunkten muß man die dingliche Einigung als „Rechtsgeschäft“ ansprechen; denn bei der Einigung stehen sich zwei Willenserklärungen gegenüber, die den Übergang des Eigentums erstreben, und anderseits tritt dieser Erfolg (Eigentumsübergang) nur ein, weil die Parteien ihn wollen. So bezeichnet denn auch die große Mehrzahl der Schriftsteller die

[16]) Leonhard, Vertr. b. Fahrniserwerb S. 2. Isay, Geschäftsführung Seite 348.

[17]) Motive I, S. 216.

[18]) So auch Reichsgericht R.G. 68, 324. Ganz ähnl. auch Enneccerus § 136, II, S. 354 ff u. Planck-Flad, Vorb. I, 1 zum 3. Abschnitt.

Einigung als Rechtsgeschäft[19]) und da sie sich aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen zusammensetzt, als dinglichen Vertrag.

Demgegenüber vertreten Eccius[20]) und M. Wolff[21]) die Ansicht, die dingliche Einigung sei ohne jede Rechtswirkung, sie sei weder ein Rechtsgeschäft noch viel weniger ein dinglicher Vertrag. Die Einigung sei nicht imstande, den erstrebten Rechtserfolg herbeizuführen; es müsse stets noch die Übergabe hinzukommen, um den Rechtserfolg, die Eigentumsübertragung, herbeizuführen. Erst Einigung und Übergabe zusammen also die Übereignung sei ein Rechtsgeschäft und auch ein Vertrag.

Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Daß die Einigung sehr wohl Rechtswirkungen erzeugen kann, ergibt sich einmal aus § 929 Satz 2, sodann aber auch aus § 873 Abs. 2 BGB. Wenn es auch richtig ist, daß zur Einigung stets noch die Übergabe hinzukommen muß, damit das Eigentum an einer beweglichen Sache übergeht, so steht das der Annahme von der rechtsgeschäftlichen Natur der Einigung nicht entgegen. Nur die Einigung enthält die jedem Vertrage wesentlichen beiden privaten Willenserklärungen, und diese eine Tatsache weist schon darauf hin, daß die Einigung im Sinne des § 929 allein ein Rechtsgeschäft ist und als zweiseitiges Rechtsgeschäft ein Vertrag ist. Daß zur Wirksamkeit der Übereignung zu der Einigung noch die Übergabe hinzutreten muß, darf uns nicht irre machen. Es ist auch bei anderen Rechtsgeschäften keine Seltenheit, daß ein formvollendetes Geschäft nach außen erst wirkt, wenn noch ein weiteres Moment hinzukommt. Niemand wird zweifeln, daß nach formgerechter (schriftlicher) Erklärung des Stifterwillens (§ 81 BGB.) ein vollendetes Rechtsgeschäft, eine Stiftung, vorliegt, obgleich es Wirkung erst erzeugt, wenn die staatliche Genehmigung (§ 80 BGB.) zu der Stiftung hinzutritt[22]).

Es ist klar, daß ein vollendeter Kindesannahmevertrag vorliegt, wenn die Form des § 1750 erfüllt ist, obgleich der Vertrag erst wirksam wird, wenn er durch das zuständige Gericht bestätigt wird (§ 1741, 1754 BGB.). In diesem Falle kann man an der Rechtsgeschäfts- und Vertragsnatur jedoch nicht zweifeln, da das Gesetz im § 1741, 1750, 1753 den Ausdruck Vertrag ausdrücklich gebraucht. Sachlich genau so liegt es auch im Falle der dinglichen Einigung. Das Rechtsgeschäft der dinglichen Einigung ist abgeschlossen mit Abgabe der übereinstimmenden Willens-

[19]) So vor allem Planck-Brodmann, § 929, Anm. IV 3a, S. 358; Staudinger-Kober, § 929, Anm. IV 1, S. 446; Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 101.
[20]) Eccius, bei Gruch. Bd. 47, S. 51 ff + DJZ. 02, S. 61.
[21]) M. Wolff, Sachenr. § 66, I, S. 188 + § 38, II S. 97.
[22]) Enneccerus, Allg. Teil § 110, III, 1a. S. 277.

erklärungen. Es wird jedoch erst wirksam, wenn zu der Einigung die Übergabe hinzukommt[23]). Die Tatsache, daß die Einigung stets erst dann die Eigentumsübertragung herbeiführt, wenn die Übergabe hinzukommt, kann demnach nicht als Gegengrund gegen die oben behauptete Rechtsgeschäftsnatur der Einigung angeführt werden. Ebensowenig können aus der Entstehungsgeschichte der fraglichen Bestimmung, wie Eccius[24]) es tut, gegenteilige Schlüsse gezogen werden. Wenn in der zweiten Kommission die Fassung gegenüber dem ersten Entwurf, der die Einigung als dinglichen Vertrag bezeichnete, geändert ist, so ist damit eine sachliche Änderung nicht bezweckt gewesen[25]). Man wollte vielmehr die Frage der Konstruktion der Wissenschaft überlassen.

Die dingliche Einigung ist daher, wie auch die große Mehrheit der Schriftsteller annimmt, nach ihrem Wesen, Sinn und Zweck als Rechtsgeschäft anzusehen, und da sie sich aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen zusammensetzt, so muß man in ihr einen dinglichen Vertrag erblicken.

Daraus folgt, daß auf die Einigung die für die Rechtsgeschäfte und Verträge gegebenen Bestimmungen des Allg. Teils, also auch die Stellvertretungsvorschriften der §§ 164 ff. Anwendung finden müssen. Ist dies aber der Fall, so ergibt sich daraus, daß die dingliche Einigung unter den oben[26]) angeführten Voraussetzungen für den Vertretenen abgeschlossen werden kann. § 164, Abs. 1 BGB.

§ 4.

Die zweite Voraussetzung für den Eigentumserwerb nach § 929, Abs. 1 BGB. ist die Übergabe. Es ist daher weiter zu prüfen, ob das Gesetz eine Vertretung bei der Übergabe zuläßt. Wie sich aus einem Vergleich mit § 929, Satz 2 und 930, 931 BGB. ergibt, ist unter „Übergabe" die Verschaffung des Besitzes zu verstehen. Dabei kann zunächst dahingestellt bleiben, ob darunter nur die Erlangung des unmittelbaren Besitzes zu verstehen ist, oder ob auch die Erlangung mittelbaren Besitzes ausreicht. An dieser Stelle genügt es nur festzustellen, daß Übergabe in jedem Fall die Verschaffung des Besitzes ist[27]). Es ist also zu erörtern, ob es bei der Besitzverschaffung oder, um den gebräuchlicheren Ausdruck zu gebrauchen, beim Besitzerwerb eine Stellvertretung im Sinne des § 164 gibt. Wenn man die Frage prüfen will, ob das Gesetz eine Stellvertretung im Sinne des § 164 bei der Übergabe oder bei dem Besitzerwerb kennt, so wird man, wie das auch bei der

[23]) So auch F. Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 101.
[24]) Eccius, bei Gruchot, Bd. 47, S. 51 ff.
[25]) Protokolle III, S. 57.
[26]) Vgl. § 2 d. Abhandlung.
[27]) Leonhard, Vertr. b. Fahrniserwerb S. 57 Langen, Eigentumserwerb . .

Einigung geschehen ist, auf die Vorschriften über den Besitzerwerb näher eingehen müssen. Nur dann, wenn man das Wesen des Besitzerwerbs nach seinen Voraussetzungen und Wirkungen genau erkannt hat, kann man die Frage beantworten, ob auf ein derartiges Rechtsgebilde die Stellvertretungsvorschriften des § 164 BGB. Anwendung finden können.

Nach § 854 Abs. 1 BGB. wird der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben. Einzige Voraussetzung für den Besitzerwerb ist also die „Erlangung der tatsächlichen Herrschaft". Derjenige, der die tatsächliche Herrschaft über eine Sache erlangt, ist — abgesehen vom Fall des Besitzdieners (§ 855) — ihr Besitzer. Und er bleibt Besitzer, solange bis er die tatsächliche Herrschaft über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert (§ 856 BGB.).

Ein besonderer Besitzwille ist zur Besitzbegründung — im Gegensatz zum römischen Recht — nach dem bürgerlichen Recht nicht mehr erforderlich[28]). Auch derjenige, der gar nicht besitzen will, ist dennoch Besitzer, solange er die tatsächliche Herrschaft über die Sache hat; so bleibt z. B. Besitzer auch derjenige, der seinen Hund weggeben möchte, wenn das anhängliche Tier stets wieder zurückkehrt und sich nicht verjagen läßt. Auch derjenige, der garnichts von der Sache weiß, ist Besitzer der Sachen, die etwa in seiner Abwesenheit in seiner Wohnung abgegeben oder in seinen Briefkasten gesteckt sind[29]). Diese Ansicht, die das Vorliegen eines besonderen Besitzwillens zur Besitzbegründung für nicht erforderlich hält, ist jedoch nicht unbestritten. Trotz der klaren gesetzlichen Bestimmung wird der Besitzwille auch heute noch wohl in Anlehnung an die römische Besitzlehre von Endemann[30]), Martin Wolff[30]) und Planck-Brodmann[30]) zum Besitzerwerb verlangt. Diese Meinung kann schon mit Rücksicht auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 854 BGB. nicht anerkannt werden. Der erste Entwurf machte den Besitzerwerb — dem römischen Recht folgend — von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt (corpus) und von dem Besitzwillen (animus) abhängig. Die zweite Kommission hat jedoch die Besitzlehre vollkommen umgestaltet und in bewußter Abkehr von dem römischen Recht das Willensmoment aus dem Besitzbegriff völlig beseitigt. Sie hat einen Antrag, den Besitzwillen als Erfordernis für den Besitzerwerb aufzustellen,

[28]) Strohal, Jher. JB. Bd. 38, S. 66; Rosenberg, S. 25 ff; F. Leonhard VbF., S. 60, 68, 69.

[29]) Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 105.

[30]) Endemann, Lehrb. Bd. 2, § 34, S. 175 ff.; M. Wolff, Sachenrecht § 10, S. 28 ff; Planck-Brodmann, Sachenrecht, S. 36 ff.

ausdrücklich abgelehnt[31]) und dabei zum Ausdruck gebracht, daß sie dem früheren deutschen Recht folgen wollte, das zum Fahrniserwerb nur die Erlangung der tatsächlichen Gewalt verlangte. Wenn dementsprechend § 854 BGB. den Besitzerwerb lediglich von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt abhängig macht, so dürfte aus alledem klar hervorgehen, daß zum Besitzerwerb ein irgendwie gearteter Besitzwille nicht erforderlich ist, sondern daß die rein tatsächliche Handlung der Gewalterlangung genügt.

Wenn aber zum Besitzerwerbe ein besonderer Besitzwille, der vielleicht Raum für eine Stellvertretung gelassen hätte, nicht erforderlich ist, so folgt daraus, daß der Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1 eine Stellvertretung im Sinne des § 164 ff nicht zuläßt. Auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt als einer rein tatsächlichen Handlung können die Stellvertretungsgrundsätze des § 164 ff keine Anwendung finden[32]).

Zu demselben Ergebnis gelangen jedoch auch die meisten derjenigen Schriftsteller, die am Besitzwillen glauben festhalten zu müssen. § 164 BGB. findet nur dann Anwendung, wenn es sich um die Abgabe einer Willenserklärung handelt. Was unter einer Willenserklärung zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Dieser Begriff wird vielmehr vom BGB. als bekannt vorausgesetzt. Willenserklärung ist, wie sich aus dem Worte schon ergibt, eine Kundgebung oder Verlautbarung eines dem Privatrecht angehörenden Willens, also eine Privatwillensäußerung. Aber nicht jede Privatwillensäußerung ist auch eine Willenserklärung im Sinne des Gesetzes, sondern es ist noch eine Einschränkung zu machen. Willenserklärungen im Sinne des Gesetzes sind nur diejenigen Privatwillensäußerungen, die auf einen Rechtserfolg gerichtet sind, also auf Begründung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses[33]). Tritt der Rechtserfolg, ohne darauf gerichtet zu sein, lediglich auf Grund gesetzlicher Bestimmung ein, so liegt keine Willenserklärung, sondern eine sog. Rechtshandlung vor[34]). Von einer Willenserklärung kann man nur dann sprechen, wenn der rechtliche Erfolg nur eintritt, weil er von den Parteien in der Erklärung als gewollt bezeichnet ist, wenn die Rechtswirkung lediglich durch den Inhalt des Willens bestimmt wird und nicht durch das Gesetz[34]). So auch die herrschende Meinung insbesondere Planck-Flad[35]), Staudinger-Riezler[35]), Leonhard[35]) u. a.

---

[31]) Protokolle III, S. 31.

[32]) Von Tuhr, § 84, VII, S. 372. Leonhard, V.b.F. S. 59 ff.

[33]) Enneccerus, § 128, III, 1, S. 335 + § 136, II A 1 S. 355. Leonhard, L. i. k. S. 26, 27.

[34]) Enneccerus, § 128, III, 2, S. 336.

[35]) Planck-Flad, Vorb. 3 vor § 116. Staudinger-Riezler, Vorb. vor § 104, II, 3 + vor § 116, I; Leonhard, V. b. F., S. 68.

Von abweichenden Meinungen sei nur Hellmann[36]) angeführt. Dieser will den Begriff der Willenserklärung noch weiter einschränken und darunter nur diejenigen verstehen, die an einen bestimmten Adressaten gerichtet sind, also nur die empfangsbedürftigen. Die nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen nennt er Willensverwirklichungen oder Willensbetätigungen und will diese anderen Regeln unterstellen. Diese Lehre Hellmanns steht jedoch mit dem Gesetz nicht in Einklang. Die Fassung der § 122, 123, 143 BGB. wäre sonst unverständlich. Das Gesetz brauchte das Tatbestandsmerkmal der Empfangsbedürftigkeit in den genannten §§ nicht noch besonders hervorzuheben, wenn die Empfangsbedürftigkeit immer schon zum Begriff der Willenserklärung gehörte[37]).

Die oben gegebene Definition, wonach Willenserklärung jede auf die Hervorbringung einer Rechtsfolge gerichtete Privatwillensäußerung ist, bleibt also den Ausführungen Hellmanns gegenüber zu Recht bestehen.

Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten den Besitzerwerb nach § 854, Abs. 1 BGB., so wird man ohne weiteres zugeben müssen, daß der den Besitzerwerb herbeiführende Akt, die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, eine Willenserklärung nicht zum Gegenstande hat. Der Besitzerwerb ist, wenn er durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erfolgt, eine Tathandlung[38]), nicht jedoch eine Willenserklärung. Dasselbe drückt auch Rosenberg[39]) aus, wenn er sagt: „Der Besitzerwerb durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt ist kein Rechtsgeschäft und keine Willenserklärung; denn es kommt allein auf die Herstellung der Beziehung zur Sache an, in der der Verkehr die Merkmale der tatsächlichen Gewalt findet. Alle Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts oder einer Willenserklärung fehlen, weder ist eine Erklärung nötig, noch steht der Inhalt einer etwaigen auf den Besitzerwerb gerichteten Erklärung mit ihren rechtlichen Folgen in einem rechtsnotwendigen Zusammenhang." Liegt aber beim Besitzerwerb eine Willenserklärung nicht zugrunde, sondern lediglich eine Tathandlung, so können auch die Vorschriften über Willenserklärungen und damit auch die §§ 164 ff BGB. keine Anwendung finden.

Wenn man entgegen den obigen Ausführungen etwa wie Wolff und Endemann zum Besitzerwerb auch einen Besitzwillen verlangt, so wird man jedoch zu keinem anderen Ergebnis gelangen. Ein solcher etwa vorhandener Wille zum Besitzerwerb würde nur auf die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, auf das

[36]) Hellmann, Iherings JB., Bd. 42, S. 413, 448.
[37]) Oertmann, Vorb. vor § 104 ff. 11b., S. 337.
[38]) v. Tuhr, Allg. Teil, § 84, VII, S. 372.
[39]) Rosenberg, Sachenrecht, § 854, Anm. 3.

tatsächliche Haben gerichtet sein, nicht auf die Herbeiführung der Besitzfolgen. Die Besitzfolgen würden ohne weiteres kraft Gesetzes eintreten, und nicht deshalb, weil sie von dem Willen der Parteien erfaßt wären. Der Wille der Partei wäre nicht auf einen Rechtserfolg, sondern auf etwas Tatsächliches, die Erlangung der Gewalt, gerichtet. Ein solcher nur auf Tatsächliches gerichteter Wille kann nicht die Grundlage einer Willenserklärung sein[40]). Daher kommt auch W o l f f zu dem Ergebnis: „Die Besitzbegründung ist nicht Willenserklärung im technischen Sinne“ [41]). So kommt man auch auf diesem Wege dazu, die Anwendung der Rechtssätze über Willenserklärungen und damit auch der Stellvertretung (§ 164 ff) auf den Besitzerwerb zu verneinen.

§ 5.

Das Ergebnis der Untersuchung des vorigen Paragraphen war, daß die allgemeinen Vertretungsgrundsätze (164 ff) auf den Besitzerwerb durch Stellvertreter keine Anwendung finden konnten, da die Besitzbegründung keine Willenserklärung im technischen Sinne ist. Hier muß jedoch eine notwendige Korrektur angebracht werden. Bisher war nur von dem Regelfall des Besitzerwerbs nach § 854 Abs. 1 BGB. die Rede. Es ist jetzt auch ein Blick auf § 854, Abs. 2 BGB. zu werfen. Danach genügt die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zum Erwerbe des Besitzes, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Sollten bei dieser Bestimmung nicht die Stellvertretungsgrundsätze (§ 164 BGB ff) Anwendung finden können? Diese Besitzerwerbsart unterscheidet sich von der nach § 854 Abs. 1 BGB. grundlegend und steht ganz selbständig neben der früher besprochenen. Während bei dem Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1 die Erlangung der tatsächlichen Gewalt das Entscheidende war, ist es hier die Einigung über den Besitzübergang. Über die rechtliche Natur dieser Einigung nach § 854 Abs. 2 BGB. herrscht Streit. Nach der herrschenden und m. E. richtigen Ansicht ist diese Einigung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, das sich aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen zusammensetzt, also ein Vertrag. Die Einigung hat zum Gegenstand, daß die Rechtsstellung des Besitzers an der betreffenden Sache nicht mehr dem bisherigen Besitzer zukommen soll, sondern daß diese auf den neuen Besitzer übertragen werden soll. Die Einigung bezweckt einen durch sie herbeizuführenden rechtlichen Erfolg und hat nicht nur einen tatsächlichen Erfolg im Sinne. Sie ist also, da durch sie die ganze Besitzstellung mit all ihren Rechten und Ansprüchen

---

[40]) Enneccerus, § 136, II A 1, S. 355.

[41]) M. Wolff, § 10, IV, S. 29. siehe auch Staudinger-Riezler, Vorbem. 9 vor § 164.

übertragen wird, ein Rechtsgeschäft[42]). Ist aber die Einigung nach § 854 Abs. 2 ein Rechtsgeschäft und ein Vertrag, so folgt daraus, daß man auf sie und auf die zugrunde liegenden Willenserklärungen die Vorschriften über die Rechtsgeschäfte und damit auch die Stellvertretungsgrundsätze des § 164 BGB. anwenden muß.

Für die Vertragsnatur der Einigung nach § 854 Abs. 2 haben sich auch Franz Leonhard[43]) und Strohal[43]) ausgesprochen. Diese beiden wollen jedoch, falls anstelle des Erwerbers ein Anderer mitwirkt, in der Einigung einen Vertrag zugunsten eines Dritten, des Erwerbers, erblicken. Dieser Konstruktion bedarf es m. E. nicht, da die Stellvertretungsgrundsätze in diesem Falle eingreifen; außerdem wäre sie aber auch nicht zutreffend, da es Verträge zugunsten eines Dritten im Sachenrecht nicht gibt[44]).

Gegen die Rechtsgeschäftsnatur der Einigung überhaupt haben sich ausgesprochen Manigk[45]), Zitelmann[45]) und Bruns[45]). Diese stützen sich darauf, daß bei dieser Einigung der Wille der Parteien sich nur auf das tatsächliche Haben der Sache, auf einen rein tatsächlichen Erfolg richte, nicht auf einen rechtlichen Erfolg. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden, da die Besitzwirkung eintritt als die erstrebte Folge einer Willensäußerung. Es ist vielmehr mit der herrschenden Ansicht an der Vertragsnatur der Einigung nach § 854 Abs. 2 festzuhalten und damit die Anwendbarkeit der Stellvertretungsgrundsätze auf die Einigung zu bejahen. Zu demselben Ergebnis gelangen allerdings auch viele der Gegner, indem sie auf die Einigung die Vertretungsgrundsätze, wenn auch nicht direkt, so doch analog anwenden[46]).

Wir kämen damit zu dem Ergebnis, daß bei dem Abschluß der Einigung gemäß § 854 Abs. 2 eine Stellvertretung des Erwerbers im Sinn des § 164 BGB. möglich ist. Doch damit ist noch nicht sehr viel erreicht. Nach § 854 Abs. 2 genügt die Einigung über den Besitzübergang nur, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Hierin liegt eine Erleichterung gegenüber dem Besitzerwerb nach § 854 Abs. 1, indem bei § 854 Abs. 2 die Möglichkeit die Herrschaft zu erlangen zum Besitzerwerb genügt; es ist nicht die Erlangung der Herrschaft

[42]) M. Wolff, Sachenr. § 11,II, S. 30; Planck-Brodmann, § 854, Anm. 3a, S. 40; Staudinger-Kober § 854 II 2b, S. 24; Last Jherings JB. Bd. 63, Seite 74.

[43]) Leonhard, V. b. F., S. 58; Strohal, Jher. JB. Bd. 38, S. 81 ff.

[44]) So auch Endemann, Bd. 2 § 37, Anm. 29, S. 206.

[45]) Manigk, Willenserklärung + Willensgeschäft S. 659 ff, 691 ff. — Zitelmann, Jher. JB. Bd. 70, S. 27 ff. — Bruns, Diss. 1910, S. 92 ff.

[46]) So vor allem Planck-Brodmann zu § 854, Anm. 3a und Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 691.

selbst erforderlich. Diese Möglichkeit, die Herrschaft über die Sache auszuüben, muß aber unbedingt vorliegen, andernfalls ist eine Einigung über den Besitzerwerb unwirksam. Und zwar muß der Erwerber selbst in der Lage sein, die Gewalt auszuüben, nicht etwa sein Vertreter. Besitzt ein Dritter die Sache, — und dazu gehört auch der Vertreter — so ist der Erwerber nicht in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben[47]). Durch bloße Einigung über den Besitzübergang könnte die Sache nur dann dem Erwerber übertragen werden, wenn die Herrschaft durch die Übergabe nicht dem Vertreter, sondern dem Vertretenen zugänglich gemacht würde[48]). Hieraus ergibt sich schon, daß die Vereinbarung nach § 854 Abs. 2 für die Eigentumsübertragung keine große Bedeutung hat; denn der Vertreter wird eine solche Einigung über den Besitzübergang meist nur dann vereinbaren, wenn er auch zugleich die Herrschaft über die Sache erhält. Erlangt der Vertreter aber selbst die Herrschaft über die Sache, so schließt er damit den Vertretenen von der Sache aus und eine Einigung nach § 854 Abs. 2 ist nicht möglich, weil der Vertretene die Gewalt über die Sache nicht selbst auszuüben vermag[49]). Nimmt man noch hinzu, daß eine Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2 meist nur bei Grundstücken vorkommt, so wird man für die große Mehrzahl der Fälle eine andere Bestimmung suchen müssen.

§ 6.

Wir waren bisher zu dem Ergebnis gekommen, daß auf die nach § 929 Satz 1 BGB. erforderliche Einigung die Stellvertretungsvorschriften (§ 164 ff) anwendbar sind, und daß jedoch auf die Übergabe die §§ 164 ff BGB. — abgesehen von dem Fall des § 854, 2, der jedoch nur selten beim Fahrniserwerb vorliegen wird — keine Anwendung finden können. Das würde bedeuten, daß eine Stellvertretung beim Eigentumserwerb so gut wie ausgeschlossen wäre. Es wäre jedoch ein mißlicher Umstand, wenn man sich beim Eigentumserwerb eines Stellvertreters nicht bedienen könnte, sondern stets selbst mitwirken müßte. Man müßte dem Gesetz den Vorwurf der Rückständigkeit machen, wenn ein derart alltäglicher Vorgang vom Gesetz nicht vorgesehen wäre. Zwar ist daran festzuhalten, daß es eine Stellvertretung beim Besitzerwerb (bei der Übergabe) nicht gibt. Es kann sich nur fragen, ob es dafür im Gesetz keinen Ersatz gibt. Diese Frage muß jedoch bejaht werden.

Und zwar werden von der herrschenden Lehre der Fall des

---

[47]) Strohal, Jher. J.B., Bd. 38, S. 89.
[48]) Leonhard, V. b. F., S. 58, 59.
[49]) So auch im ganzen Leonhard, V. b. F. S. 59.

Besitzdieners (§ 855 BGB.) und des Besitzmittlers (§ 868 BGB.) als Ersatzmittel für die beim Besitzerwerb nicht zulässige Stellvertretung angegeben. Der sog. Besitzdiener erwirbt den Besitz unmittelbar seinem Herrn, und der Besitzmittler erwirbt für sich unmittelbaren und für seinen Auftraggeber mittelbaren Besitz. In beiden Fällen erwirbt also der im Hintergrund stehende Geschäftsherr ohne sein Zutun Besitz, bald unmittelbaren, bald nur mittelbaren Besitz! Mehrere Schriftsteller verwenden deshalb für die Fälle des Besitzerwerbs durch Besitzdiener und durch Besitzmittler die Bezeichnung „Besitzerwerb durch Stellvertreter". Diese Bezeichnung ist jedoch irreführend, und sie wird deshalb am besten ganz vermieden und durch „Besitzerwerb durch Dritte" oder „Besitzerwerb durch Mittelspersonen" ersetzt[50]). Beim Besitzerwerb durch Besitzmittler kann von einer Stellvertretung keine Rede sein; denn der Mittler erwirbt selbst unmittelbaren Besitz und der Geschäftsherr nur mittelbaren Besitz, während es bei der Stellvertretung nach § 164 BGB. doch kennzeichnend ist, daß der Vertreter von dem Geschäfte überhaupt nicht betroffen wird, sondern daß nur den Vertretenen die Wirkungen der Vertretung treffen. Das ist schon anders im Falle des Besitzdieners. Dieser erwirbt den unmittelbaren Besitz seinem Herrn und wird selbst von den Wirkungen des Geschäfts nicht betroffen. Insofern gleicht er also einem Stellvertreter nach § 164 BGB. Aber die Unterschiede zwischen beiden sind doch sehr groß, sodaß man am besten auch in diesem Falle den Ausdruck „Vertreter" vermeidet. Vertretung gibt es nur im Willen, also bei Abgabe einer Willenserklärung. Der Besitzerwerb setzt jedoch — abgesehen vom Falle des § 854, Abs. 2 BGB. — eine Willenserklärung im technischen Sinne nicht voraus. Während bei der echten Vertretung das Handeln im fremden Namen ein wesentliches Kennzeichen ist, ist beim Besitzerwerb nach § 855 ein solches Handeln in fremdem Namen nicht erforderlich. Über die Richtung des Erwerbs entscheidet hier die objektive Stellung des Besitzdieners, wie noch später zu erörtern ist. Im Interesse der Klarheit der juristischen Determination empfiehlt es sich daher, den Ausdruck „Besitzerwerb durch Stellvertreter" auch im Falle des Besitzdieners zu vermeiden und lieber von „Besitzerwerb durch Mittelspersonen" zu sprechen.

Zunächst sei nun der Fall des sog. Besitzdieners (§ 855 BGB.) betrachtet. Diese Bestimmung besagt: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Andern Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere

[50]) So auch Endemann, Bd. 2, § 38, S. 209 ff.

Besitzer". Nach dieser Bestimmung erwerben insbesondere die Hausangestellten und Dienstboden, die Angestellten im Handelsgeschäft, die Lehrlinge im Handwerksbetriebe und andere unselbständige Besitzinhaber an den in ihre Gewalt gekommenen Sachen für ihren Herrn Besitz, ohne daß sie selbst Besitz erlangen. Damit ist die Bedeutung der Vorschrift jedoch noch nicht erschöpft. Nicht nur die im Haushalt und Erwerbsgeschäft tätigen unselbständigen Besitzinnehalter, sondern auch die in einem „ähnlichen Verhältnis" stehenden Personen, die vermöge dieses Verhältnisses den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Herrn Folge leisten müssen, sollen nicht selbst sondern nur dem Herrn besitzen. Um nun zu prüfen, worin die „Ähnlichkeit" im Sinne des § 855 besteht, ist zunächst festzustellen, worin sich die beiden angegebenen Beispiele „Haushalt" und „Erwerbsgeschäft" ähneln. Beide haben nun das eine gemeinsam, was auch in dem Nebensatz zum Ausdruck kommt, daß sie für den Herrn ein Befehlsrecht begründen, dem auf Seiten des Dieners eine Gehorsamspflicht entspricht. Entscheidend für das Bestehen eines solchen Befehlsrechtes und einer Gehorsampflicht ist nicht das Bestehen eines Vertrages zwischen Herrn und Diener, ein solcher Vertrag besteht auch in den Fällen des mittelbaren Besitzes, wie bei der Verwahrung. Sondern das Befehlsrecht gründet sich einzig und allein auf das soziale Abhängigkeitsverhältnis, in welchem der Diener zum Herrn steht[51]). Der Besitzdiener ist den Weisungen des Herrn völlig unterworfen, er muß sich einen Eingriff des Herrn in seine Innehabung gefallen lassen, und kann kein Rückbehaltungsrecht ausüben. Besitzer und Besitzdiener erscheinen, wie M. Wolff sagt[52]), als von einem sozialrechtlichen Über- und Unterordnungsverhältnis umspannt. Anschauungsform sind nicht „Anspruch und Schuld", sondern „Befehl und Gehorsam". Wann nun ein solches Über- und Unterordnungsverhältnis vorliegt, darüber entscheidet die tatsächliche Auffassung des Lebens[53]). Als Besitzdiener wird man daher außer den im Haushalt und Gewerbe tätigen Gehilfen auch die landwirtschaftlichen Arbeiter, die Fabrikarbeiter, aber auch die Soldaten und Beamten bezüglich alles dessen, was sie in ihrer Stellung erhalten, ansehen dürfen. Auch die im Haushalt aushelfenden Verwandten sind Besitzdiener, denn auch diese unterstehen bezüglich der dabei in ihre Gewalt gekommenen Sachen nach der Lebensauffassung dem Hausherrn[54]). Entscheidend für die Besitzdienerschaft ist also allein das soziale Abhängigkeitsverhältnis, ganz gleichgültig, worauf sich das

[51]) Leonhard, Lehrb. i. k. S., S. 104 + V. b. F. S. 63.
[52]) M. Wolff, Sachenr. § 6 III, S. 18.
[53]) Strohal, Jher. J.B. Bd. 38, S. 9. Leonhard, Vertretung b. F., S. 64.
[54]) Leonhard, L.i.k.S., S. 104., V.b.F., S. 64.

Befehlsrecht des Herrn gründet, sei es auf Gefälligkeit (Verwandte) oder auf öffentliches Recht (Soldat) oder auf Familien- oder Vertragsrecht (Dienstbote).

Das Institut des Besitzdieners ermöglicht es also dem Herrn, Sachen durch Dritte, eben die Besitzdiener, zu erwerben, ohne daß der Herr selbst mitwirken muß. Damit dieser Besitzerwerb mit Hilfe des Besitzdieners jedoch eintritt, ist erforderlich, daß der Besitzdiener im Haushalt und Erwerbsgeschäft oder in einem soeben näher gekennzeichneten Abhängigkeitsverhältnis für den Herrn die Gewalt ausübt. Das heißt, es muß ein Kausalzusammenhang bestehen zwischen der Innehabung der Sache und dem Unterordnungsverhältnis. Der Besitzdiener muß gerade durch seine Tätigkeit als Untergebener die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt haben. Der Gewahrsam an der Sache muß auf das Dienstverhältnis ursächlich zurückzuführen sein. Das ist der Fall, wenn die Sache zu dem Befehlsbereich des Herrn gehört[55]). Damit man eine Sache als zum Befehlsbereich des Herrn gehörend bezeichnen kann, dafür ist erforderlich, daß die Sache sich in dem Herrschaftsbereich des Herrn befindet. Das heißt nun nicht gerade, daß die Sache sich unbedingt im Hause oder in den Geschäftsräumen des Herrn befinden müsse. Der Herrschaftsbereich des Herrn erstreckt sich auch auf die Sachen, die seine Dienstboten etwa vom Markt holen oder zum Ausbessern fortbringen. Nur darf die räumliche Entfernung nicht derart sein, daß die Einwirkungsmöglichkeit des Herrn völlig geschwunden ist.

Für die Frage, ob eine Sache dem Befehlsbereich des Herrn unterliegt, ist auch kennzeichnend, wenn die Sache zu Zwecken des Dienstes bestimmt ist.

Endlich ist auch ein Unterordnungsverhältnis in Bezug auf die Sache zu fordern. So kann der Besitzdiener nur an den Sachen Besitz für den Herrn ausüben, die dem Herrn bereits zu Eigentum gehören, oder die der Herr auf Grund eines ihm zustehenden Rechtes besitzt. An diesen Sachen ist eine Unterordnung des Besitzdieners möglich, nicht dagegen an Sachen, die dem Diener zu Eigen gehören oder auf die der Diener einen persönlichen privatrechtlichen Anspruch hat. Denn privatrechtliche Vertragsverhältnisse und Gehorsamspflicht sind unvereinbar miteinander[56]). Damit ist dargetan, an welchen Sachen ein Besitzdienstverhältnis möglich ist und welche Voraussetzungen für die Annahme eines solchen Besitzdienstverhältnisses vorliegen müssen. Entscheidend ist also das Vorliegen eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses, und daß der Diener dem Befehl des Herrn gemäß handelt und in dem Haushalt oder Erwerbsgeschäft erwirbt. Ist der Erwerb im

[55]) Leonhard, V.b.F., S 77 ff. Lehrb. i.k.S., S. 104.
[56]) Leonhard, V.b.F., S. 77 ff

Haushalt usw. gemacht, so wird der Besitz gemäß dem Befehl des Herrn für den Herrn erworben, wenn nicht der Diener widerspricht und damit den Erwerb dem Abhängigkeitsverhältnis nicht unterstellt. Auf einen etwaigen Besitzwillen des Dieners kommt es nicht an, sondern es entscheidet das objektive Moment des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses.

§ 7.

Als zweites Ersatzmittel für die bei dem Besitzerwerb nicht zulässige Stellvertretung spielt das Institut des mittelbaren Besitzes eine bedeutende Rolle. Während beim Besitzdienst nur eine Person nämlich nur der Herr als Besitzer im Rechtssinne anzusehen ist, liegt beim Rechtsinstitut des mittelbaren Besitzes ein Doppelbesitz vor[57]). Zunächst haben wir es mit einem unmittelbaren Besitzer zu tun, der die Sache in einem sog. Besitzmittlungsverhältnis besitzt — wir nennen ihn im Folgenden mit dem dafür eingebürgerten Namen „Besitzmittler" — und so dann mit dem sog. „mittelbaren Besitzer", der „auch Besitzer" ist, § 868 BGB. Dieser sog. mittelbare Besitzer steht neben dem Besitzmittler und besitzt durch den Besitzmittler hindurch vermöge des zwischen ihm und dem Mittler bestehenden Besitzmittlungsverhältnisses.

Bevor jedoch weitere Ausführungen über den mittelbaren Besitz gemacht werden, ist zunächst zu untersuchen, ob es für eine „Übergabe" im Sinne des § 929 S. 1 BGB. genügt, wenn der Erwerber lediglich mittelbaren Besitz erlangt, oder ob dazu unter allen Umständen die Erlangung unmittelbaren Besitzes erforderlich ist. Wäre letzteres der Fall, so könnte § 868 nicht als Ersatz für die beim Besitzerwerb nicht zulässige Vertretung dienen. Da der mittelbare Besitzer, also hier derjenige, der erwerben soll, stets nur mittelbaren Besitz erlangt, so würde sich im letzteren Falle eine weitere Prüfung der Voraussetzungen des § 868 BGB. erübrigen.

Die Frage ist bestritten. Leonhard[58]) legt den § 929 dahin aus, nur die Verschaffung unmittelbaren Besitzes sei eine Übergabe im Sinne des § 929 BGB.; es genüge nicht, daß der Empfänger nur mittelbarer Besitzer werde. Er kommt dazu aus folgender Überlegung: Das Gesetz spricht in den Fällen der §§ 930, 931 von der Erlangung mittelbaren Besitzes als einem Ersatz der Übergabe. Wenn nun die Verschaffung mittelbaren Besitzes ein Ersatz der Übergabe sei, so könne sie nicht die Übergabe selbst sein. Dieser Schluß, den Leonhard zieht, ist jedoch nicht zwingend. Wenn die §§ 930, 931 BGB. bei der Verschaffung des mittelbaren Besitzes von einem Ersatz der Übergabe sprechen, so geschieht das aus einem anderen Grunde, nicht etwa um die

[57]) Strohal, Jher. JB. Bd. 38, S. 17.
[58]) Leonhard, V.b.F., S. 57. Lehrb. i.k.S. S. 120.

Übergabe im Sinne des § 929 S. 1 nur auf den Fall der Erlangung unmittelbaren Besitzes zu beschränken[59]). Das BGB. hat im Anschluß an das gemeine Recht und das ALR. bei Übereignung von beweglichen Sachen das Traditionsprinzip im §§ 929 aufgestellt. Danach ist außer der Einigung noch eine körperliche Übergabe erforderlich, um den Eigentumsübergang äußerlich in die Erscheinung treten zu lassen und damit auch Dritten durch das Geben und Nehmen die Rechtsänderung vor Augen zu führen. Mit Recht spricht man deshalb von dem das BGB. beherrschenden „Kenntlichkeitsprinzip“ [60]). Von diesem Prinzip machen jedoch die §§ 930, 931 BGB. eine Ausnahme. Nach § 930 erlangt der Erwerber das Eigentum dadurch, daß zwischen ihm und dem Eigentümer ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart wird, während der Besitz bei dem Eigentümer bleibt. Auch bei der Eigentumsübertragung nach § 931 bleibt der Dritte im Besitz. In den §§ 930, 931 bleibt also die zu übereignende Sache, wo sie vorher war. Da in diesen Fällen keine wirkliche Übergabe stattfindet, so kann man auch von einem Ersatz der Übergabe reden. Der Unterschied zwischen der Übergabe nach § 929 BGB. und deren Ersatz nach §§ 930, 931 BGB. besteht nicht in der Wirkung, ob der neue Erwerber unmittelbaren oder mittelbaren Besitz erlangt, sondern in der Art und Weise, wie der Besitz übertragen wird. Wird der Besitz durch reale Hingabe der Sache übertragen, so liegt eine Übergabe vor. Erfolgt die Besitzübertragung ohne reale Hingabe, so liegt ein Ersatz der Übergabe vor. So auch Langen[61]) und Rümelin[62]). Die Fassung des Gesetzes steht also der Annahme nicht im Wege, daß die „Übergabe“ im Sinne des § 929 BGB. auch durch Verschaffung des mittelbaren Besitzes erreicht werden kann.

Läßt man nur die Verschaffung unmittelbaren Besitzes zur Übergabe genügen, so kommt man bei dem Eigentumserwerb durch Mittelspersonen in große Schwierigkeiten. Falls zur Übergabe im Sinne des § 929 stets die Verschaffung unmittelbaren Besitzes gehörte, so könnte, abgesehen von den Fällen des § 854 Abs. 2 und 855, eine Übergabe an den Stellvertreter des Erwerbers mit unmittelbarer Wirkung für den Vertretenen nicht stattfinden. Stets würde auch in den Fällen der direkten Stellvertretung die Übergabe sich in der Person des Mittlers (oder Vertreters) vollenden und eine nochmalige Übergabe vom Mittler auf den Vertretenen erforderlich machen. Dies wäre ein sehr umständlicher Weg, der zudem auch nicht gefahrlos wäre. In der Zwischenzeit stände die Sache

[59]) Vgl. auch Cohn, Das rechtsgeschäftl. Handeln S. 156.
[60]) Leonhard, L.i.k.S., S. 101.
[61]) Langen, Eigent. Erw. u. Verlust, S. 92—93.
[62]) Rümelin, Arch. f. z. Praxis, Bd. 93, S. 262.

den Gläubigern des Mittlers oder Vertreters zum Zugriff offen. Diese könnten sie pfänden und für sich verwerten.

Um dieses unerfreuliche Ergebnis zu vermeiden, kommt Leonhard zu folgender Konstruktion[63]). Nach Leonhard geht im Fall der direkten Stellvertretung der Eigentumserwerb folgendermaßen vor sich: Die vom Vertreter im Namen des Vertretenen abgeschlossene Einigung wirke nach § 164 BGB. unmittelbar für den Vertretenen. Da die Übergabe an den Mittler (Vertreter) erfolge, erlange nur der Mittler oder Vertreter unmittelbaren Besitz. Das Eigentum könne unter diesen Umständen nicht auf den Vertreter übergehen, denn zwischen diesen fehle die Einigung, nicht auf den Vertretenen, denn auf ihn sei nicht der unmittelbare Besitz übergegangen, Eigentümer sei also der Veräußerer geblieben, er hätte einen Herausgabeanspruch auf Grund des § 985 gegen den besitzenden Vertreter. Diesen Herausgabeanspruch trete der Vertreter an den Vertretenen gemäß § 931 BGB. ab. Bei dieser Abtretung könne der Vertretene durch den Vertreter vertreten werden, da die Abtretung ein Rechtsgeschäft sei. Die Abtretung brauche nicht ausdrücklich zu geschehen, sondern könne aus den Umständen entnommen werden. Wenn der Veräußerer die Sache dem Vertreter übergebe und dabei zum Ausdruck bringe, daß er den Vertretenen zum Eigentümer machen wolle, so wolle er, daß der Vertretene sie vom Vertreter solle fordern können, und darin sei die Abtretung zu erblicken. Die Annahme dieser Erklärung erfolge durch den im unmittelbaren Besitz befindlichen Mittler als Vertreter des Geschäftsherrn. Diese Abtretung wirke unmittelbar für den Vertretenen und verschaffe diesem das Eigentum direkt auf Grund der §§ 931, 164, 398 BGB.

Diese Konstruktion, die Leonhard vorschlägt, ist, wie er selbst zugibt, etwas künstlich und deshalb auch meist abgelehnt worden. Langen[64]) lehnt Leonhards Konstruktion ab mit der Begründung, der Herausgabeanspruch des Tradenten gegen den Vertreter bestehe garnicht; für den Tradenten sei mit Hingabe der Sache an den Vertreter und Entgegennahme des Kaufpreises die Sache erledigt, er wolle die Sache von dem Vertreter gar nicht wieder haben, er habe sie ja gerade dem Mittler übergeben, um damit seine Verbindlichkeit gegen den Vertretenen zu erfüllen. Ein nicht bestehender Anspruch könne jedoch auch nicht abgetreten werden.

Dieser Einwand Langens ist jedoch nicht stichhaltig. Zunächst ist dazu zu bemerken, daß der Anspruch auf Herausgabe des Eigentums (§ 985 BGB.) gegen den Besitzer immer dann besteht, wenn der Eigentümer nicht im Besitz ist, ganz gleich-

[63]) Leonhard, V.b.F., S. 84, 85. Lehrb. i.k.S., S. 121.
[64]) Langen, Eigentumserwerb und Verlust, S. 90.

gültig, ob der Eigentümer ihn nun geltend machen will oder nicht. Sodann beachtet Langen in seiner Kritik aber auch nicht, daß nach Leonhards Auffassung das Eigentum auf den Vertretenen erst übergeht, wenn der Vertretene den unmittelbaren Besitz erlangt. Geht man von dieser Voraussetzung aus, so muß man mit Leonhard auch den Herausgabeanspruch des Veräußerers anerkennen, und zwar besteht der Herausgabeanspruch solange, bis der Vertretene den unmittelbaren Besitz erlangt.

Langen[65]) wendet gegen Leonhard weiter ein: Leonhard's Theorie sei vor allem deshalb nicht zutreffend, da sie den Parteien einen Willen unterschiebe, der überhaupt nicht vorliege. Den Parteien sei eine Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Vertreter garnicht in den Sinn gekommen; sie hätten beabsichtigt, die Eigentumsübertragung im Wege der Übergabe vorzunehmen und hätten ihr Verhalten dementsprechend eingestellt; trotzdem nehme die Theorie Leonhards eine Übertragung des Eigentums durch Anspruchsabtretung an. Dies sei nicht zulässig. Man dürfe nicht anstelle des wirklich vorhandenen Willens, der jedoch zur Rechtserzeugung nach objektivem Recht nicht ausreiche, nicht einen anderen Willen unterschieben, den die Parteien bei Kenntnis der Rechtslage gehegt haben würden, den sie aber tatsächlich nicht gehabt hätten[66]). Auch mit dieser Begründung kann Langen die Theorie Leonhards nicht widerlegen. Es ist ein Unding, von den Parteien zu verlangen, daß sie sich darüber klar sind, auf welche Art und Weise sie ihr Ziel erreichen können. Die Parteien, die meist rechtsunkundig sind, stellen sich in der Regel nur das wirtschaftliche Ziel vor, das sie erreichen wollen. Sie machen sich jedoch keine Gedanken darüber, auf welchem Wege sie dies Ziel erreichen können. Sie wollen lediglich Eigentum übertragen und zwar auf dem gesetzlich zulässigen Wege, und es ist ihnen gleichgültig, ob die Auslegung ihres Willens zu einer Anspruchsabtretung (§ 931) oder zur Annahme einer Übergabe führt.

Es kann daher nicht zugegeben werden, daß Leonhards Theorie unmöglich sei oder von seinen Gegnern wiederlegt wäre.

Andererseits kann aber auch nicht anerkannt werden, daß Leonhards Theorie allein richtig sei und am besten den praktischen Bedürfnissen entspreche[67]). Als besonderen Vorzug seiner Lehre sieht es Leonhard[68]) an, daß bei einer Übertragung nach § 931 noch beschränkte dingliche Rechte an der Sache bestehen bleiben können (§ 936, Abs. 3), während bei der Tradition nach

[65]) Langen, Eig. Erw. u. Verl. S. 88, 89.
[66]) Langen, Eig. Erw. u. Verl., S. 89.
[67]) Leonhard, V.b.F., S. 85.
[68]) Leonhard, V.b.F., S. 87.

§ 936 Abs. 1 alle Rechte erlöschen. Auch die herrschende Lehre wird in den meisten Fällen zum selben Ergebnis führen. Denn nach § 936 Abs. 2 erlischt das Recht des Dritten nicht, wenn der Erwerber zur Zeit der Übergabe nicht im guten Glauben war. Da nun nach § 166 BGB. der gute Glaube des Vertreters in Betracht kommt, und jener seine eigenen Rechte kannte oder kennen mußte, so erlöschen die Rechte des Vertreters nicht, weil es dem Vertretenen am guten Glauben fehlt[69]).

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß beide Theorien zu dem gleichen Ergebnis führen. Die herrschende Lehre führt dazu jedoch auf einem viel schnelleren Wege. Da wie oben ausgeführt, weder der Wortlaut noch auch der Sinn und Zweck der Vorschriften (§ 929 ff) der Annahme entgegenstehen, daß zur Übergabe auch die Erlangung des mittelbaren Besitzes genügt, und die Ergebnisse gleich sind, so empfiehlt sich schon aus dem Grunde der einfacheren Konstruktion die herrschende Lehre, während Leonhards Theorie ihre Bedeutung in der Lehre vom Eigentumserwerb durch unbeauftragte Bevollmächtigte behält, also in den Fällen, in denen kein Besitzmittlungsverhältnis vorliegt.

Die herrschende Meinung, wonach zur Übergabe die Erlangung mittelbaren Besitzes genügt, findet auch eine Stütze, wenn man auf das Wesen des mittelbaren Besitzes sieht. Der mittelbare Besitz ist echter Besitz. Er beruht nicht auf einer Fiktion, wie Wendt[70]) und Müller-Erzbach[71]) annehmen. Es kann nicht anerkannt werden, daß der Gesetzgeber den mittelbaren Besitz nur deshalb geschaffen hätte, um dem mittelbaren Besitzer nur ein eigenes Klagerecht zu gewähren, daß der mittelbare Besitz also über den Rahmen des § 869 BGB. nicht hinausreiche. Im Gegenteil, auf den mittelbaren Besitz finden fast sämtliche Vorschriften über den Besitz Anwendung, soweit nicht ausdrücklich nur vom unmittelbaren Besitz die Rede ist. Auch der Wortlaut des § 868 BGB. spricht gegen die Fiktionstheorie. Das Gesetz betont, daß der mittelbare Besitzer „auch Besitzer" ist. Hätte nur eine Fiktion ausgesprochen werden sollen, so würde der Gesetzgeber dafür die übliche Fassung „gilt als Besitzer" gewählt haben. Gerade die andersartige Fassung spricht dafür, daß der mittelbare Besitzer wirklicher Besitzer ist. Auch der mittelbare Besitzer hat neben dem unmittelbaren Besitzer noch einen gewissen tatsächlichen Einfluß auf die Sache. Seine Macht beruht auf dem Rechtsverhältnis, das ihn und den Mittler bezüglich der Sache verbindet. Wenn auch der mittelbare Besitzer dem Besitzmittler

[69]) Planck-Brodmann, § 929, III, IV, S. 356 ff Anm. 5, S. 365 ff.
[70]) Wendt, Arch. f. z. Praxis, Bd. 87, S. 49 ff.
[71]) Müller-Erzbach, Jher. JB. Bd. 53, S. 364 ff.

gegenüber, der unmittelbaren Besitz hat und damit der stärkere Besitzer ist, zurücktreten muß, so verliert der mittelbare Besitzer damit jedoch nach außen seine Besitzerstellung keineswegs. Die Hingabe einer Sache zu Miete oder Pfand usw. erscheint nicht als eine Herrschaftsaufgabe, sondern höchstens als eine Herrschaftslockerung. Die Rückgabe an den Besteller ist nicht Begründung neuer, sondern Befestigung bestehender Sachherrschaft[72]). Wolff bezeichnet daher den mittelbaren Besitz als echte, wenn auch stark vergeistigte Sachherrschaft[72]). Auch Leonhard[73]) spricht dem mittelbaren Besitz wahre Besitznatur zu. Für die wahre Besitznatur des mittelbaren Besitzes hat sich mit Recht auch die herrschende Meinung ausgesprochen[74]).

Ist aber der mittelbare Besitz ein echter Besitz, so ist nicht einzusehen, weshalb zur Besitzverschaffung nach § 929 BGB. nur die Verschaffung unmittelbaren Besitzes genügen sollte und nicht mittelbarer Besitz. Daß aus dem Wortlaut des § 929 eine derartige Einschränkung nicht zu folgern ist, ist bereits oben ausgeführt. Alles zwingt deshalb dazu, unter Übergabe im Sinne des § 929 BGB mit der herrschenden Meinung auch die Verschaffung des mittelbaren Besitzes anzusehen. Auch Wolff[75]), der bisher nur in der Verschaffung unmittelbaren Besitzes eine Übergabe sah, hat in der neuesten Auflage seine Ansicht zu Gunsten der herrschenden Meinung geändert.

§ 8.

Nachdem sich das Rechtsinstitut des mittelbaren Besitzes als ein möglicher Ausweg für die beim Besitzerwerb nicht zulässige Vertretung erwiesen hat, ist nunmehr zu prüfen, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit mittelbarer Besitz für den Vertretenen begründet werden kann.

§ 868 BGB. bestimmt: Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

Voraussetzung für den Erwerb des mittelbaren Besitzes für den Vertretenen ist, 1. daß der Mittler selbst unmittelbaren Besitz der Sache hat, 2. daß er als Pfandgläubiger usw. oder in einem ähnlichen Verhältnis besitzt, vermöge dessen er dem Vertretenen

---

[72]) M. Wolff, Sachenrecht § 8, III, S. 26 und § 8, I, 1, Seite 22.
[73]) Leonhard, VbF. S. 60 und 70.
[74]) Planck-Brodmann, § 868 Anm. 7, S. 92. — Staudinger-Kober, § 868, IVa, S. 74. — Strohal, Jher. JB. Bd. 38, S. 17. — Cosack, S. 91. — Bruns, Diss., S. 155 ff.
[75]) Wolff, Sachenr., 8. Bearb. 1929, § 66, I 1b S. 199.

gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Mit der ersten Voraussetzung ist lediglich zum Ausdruck gebracht, daß nur derjenige, der selbst unmittelbaren Besitz hat, mittelbaren Besitz vermitteln kann. Daraus ergibt sich die Beschränkung, daß der mittelbare Besitzer frühestens im Augenblick der Übergabe der Sache an seinen Mittler mittelbaren Besitz erlangen kann. Dem steht jedoch nicht entgegen, daß auch der mittelbare Besitz mehrfach gestuft sein kann (§ 871 BGB.).

Ferner muß der Besitzmittler, um mittelbaren Besitz zu vermitteln, in einem Besitzmittlungsverhältnis besitzen. Die im Gesetz ausdrücklich aufgeführten Rechtsverhältnisse (Nießbrauch, Pacht, Miete usw.) kommen bei dem hier zu erörternden Eigentumserwerb durch einen Stellvertreter sämtlich nicht in Frage. In der Regel wird zwischen dem Geschäftsherrn und der handelnden Mittelsperson ein Auftrag, oder, wenn der Handelnde für seine Tätigkeit eine Vergütung bekommt, ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegen. Und zwar wird es sich in letzteren Fällen vielfach um einen sog. Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB. handeln, auf den die Vorschriften über den Auftrag anzuwenden sind. Die Untersuchung kann sich also auf den Auftrag beschränken. Die Frage ist also dahin zu stellen: Ist ein Auftrag, eine Sache für einen Andern zu erwerben, ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 BGB.?

Nach der gesetzlichen Bestimmung des mittelbaren Besitzes muß ein Rechtsverhältnis zwischen Ober- und Unter-Besitzer[76]), wie M. Wolff den mittelbaren Besitzer und Besitzmittler nennt, vorhanden sein, das den Besitz vermittelt. Diesem Rechtsverhältnis muß ein Herausgabeanspruch für den mittelbaren Besitzer eigen sein, dem auf Seiten des Besitzmittlers eine Verpflichtung oder Berechtigung zum Besitz der Sache entspricht. Das Rechtsverhältnis muß den mittelbaren Besitzer auf Zeit zum Besitz berechtigen oder verpflichten. Insoweit dürfte allgemeine Übereinstimmung herrschen. Es ist jedoch streitig, ob mit dem Recht und der Pflicht zum Besitz auf Seiten des Mittlers und dem Herausgabeanspruch auf Seiten des Geschäftsherrn das Wesen des Besitzmittlungsverhältnisses genügend gekennzeichnet ist, oder ob nicht noch ein besonderes Merkmal erforderlich ist. Diese letztere Frage ist zu bejahen[77]). Die im § 868 aufgeführten Beispiele weisen untereinander eine Ähnlichkeit auf, die sich nicht bloß in der Pflicht und in dem Recht zum Besitz auf Zeit äußert. Worin aber diese Ähnlichkeit zu erblicken ist, ist sehr streitig. Diese Frage

---

[76]) M. Wolff, Sachenr. § 8, S. 21 ff.

[77]) a. A. anscheinend Wendt i. Arch. f. z. Pr. Bd. 87, S. 45, der offenbar nur auf den Herausgabeanspruch abstellt, obwohl es Herausgabeansprüche gibt, (§ 985, 1007 BGB.), die kein Besitzmittlungsverhältnis begründen.

muß erst geklärt werden, da offenbar jedes andere Rechtsverhältnis, das als Besitzmittlungsverhältnis anerkannt werden soll, dasselbe ungeschriebene Ähnlichkeitsmerkmal aufweisen muß, wie die namentlich aufgeführten Rechtsverhältnisse untereinander.

Strohal[78]) glaubt das Kriterium für die Ähnlichkeit darin gefunden zu haben, daß er annimmt, die Sache müsse dem Inhaber „anvertraut" sein. Das will heißen, der Besitz müsse von dem mittelbaren Besitzer auf den Besitzmittler gekommen sein. Streng durchgeführt würde diese Ansicht dazu führen, daß von einem mittelbaren Besitz nur dann die Rede sein könnte, wenn der unmittelbare Besitz zuvor beim mittelbaren Besitzer gewesen wäre und von diesem dem Besitzmittler übergeben wäre. Endemann[79]) hat früher aus dieser Lehre tatsächlich die Konsequenz gezogen, daß mittelbarer Besitz nur durch Nachfolge des Besitzmittlers in den Besitz entstehen könnte, nie jedoch originär durch eine Handlung des Mittlers, also nur, wenn der Besitzmittler seinen Besitz von dem mittelbaren Besitzer ableite. Wäre dieser Satz richtig, so würde damit die Bedeutung des mittelbaren Besitzes sehr eingeschränkt. Es müßten dann alle die Fälle ausscheiden, in welchen der Mittler die Sache nicht vom mittelbaren Besitzer empfangen hätte. Diese Ansicht Endemanns ist nicht zutreffend, da in mehreren Fällen vom Gesetz eine Besitzmittlerschaft anerkannt ist, ohne daß der Mittler seinen Besitz vom mittelbaren Besitzer ableitet, z. B. § 586, 1381 BGB. Auch in den Fällen, in denen der Besitzmittler infolge gerichtlicher Einweisung (z. B. Konkursverwalter, Nachlaßverwalter) oder kraft eigenen Rechts, (z. B. Ehemann) erwirbt, kann von einem „Anvertrauen" des Besitzes von Seiten des mittelbaren Besitzers keine Rede sein, und doch sind das Fälle mittelbaren Besitzes[80]). Endemanns Auffassung würde auch zu einem sehr unbilligen Ergebnis führen. Der Mittler würde die Einreden aus dem Rechte des mittelbaren Besitzers verlieren und der Eigentumsklage schutzlos gegenüber stehen. § 986 BGB.[81]). So könnte sich z. B. der Verwahrer eines Buches nicht auf das Recht des Hinterlegers berufen, und müßte das Buch dem Eigentümer auf die Eigentumsklage herausgeben, wenn der Hinterleger das von ihm selbst etwa entliehene oder gemietete Buch sogleich dem Verwahrer hätte aushändigen lassen. Endemann[82]) hat dann auch die Unhaltbarkeit seiner Auffassung eingesehen und in der späteren Auflage seine Ansicht geändert, weil die engbegrenzte Auslegung des § 868 BGB. weder

[78]) Strohal, Jher. JB. Bd. 38, S. 20 ff.
[79]) Endemann, Lehrb. Bd. 2, § 32, S. 26 ff.
[80]) so auch Strohal, Jher. JB. Bd. 38, S. 21.
[81]) Leonhard, VbF. S. 61.
[82]) Endemann, Lehrb. Bd. 2, 8.—9. Aufl., § 32 Anm. 13, S. 163.

den Bedürfnissen des Verkehrs noch den sonstigen Bestimmungen des BGB. gerecht würde.

Strohal[83]) selbst geht nicht so weit wie Endemann, sondern er läßt auch den Beauftragten und Testamentsvollstrecker, der Sachen von einem Dritten empfängt, mittelbaren Besitz für den Auftraggeber oder Erben begründen. Wenn auch diese Entscheidung Strohals voll und ganz zu billigen ist, so läßt sie sich doch mit dem von Strohal aufgestellten Merkmal des Anvertrautseins nicht in Übereinstimmung bringen. Gerade diese Fälle zeigen, daß das „Anvertrautsein" nicht das entscheidende Merkmal sein kann, worin sich die sämtlichen Besitzmittlungsverhältnisse ähneln. Damit ist diese Theorie Strohals abzulehnen.

Andere, so insbesondere Planck[84]), Staudinger[85]), Biermann[86]), sehen das entscheidende Moment darin, daß der Mittler sein „Recht zum Besitz" von dem mittelbaren Besitzer ableite. Sie stützen sich vor allem auf die §§ 941, 986, 991, in welchen das Gesetz den mittelbaren Besitzer als den bezeichnet, von welchem der Besitzer sein Recht zum Besitz ableitet. Aber auch dieses Kriterium kann nicht maßgebend sein. Zunächst kann man „Besitz" und „Recht zum Besitz" nicht gleichsetzen, sondern diese sind, wie schon Strohal hervorhebt[87]) sehr verschiedene Dinge. Im § 868 BGB. sind aber auch die entscheidenden Worte, daß jemand sein „Recht zum Besitz" von einem anderen ableite, nicht gebraucht, sondern es ist lediglich gesagt, daß er einem anderen gegenüber auf Zeit „zum Besitz berechtigt oder verpflichtet sei". Wenn in den §§ 941, 986, 991 von einem Recht zum Besitz die Rede ist, so ist damit keine allgemeine Definition des Besitzmittlungsverhältnisses gegeben, sondern es ist aus der Zahl der Besitzmittlungsverhältnisse in den angeführten §§ nur eine bestimmte Gruppe herausgegriffen. Denn einmal gibt es Fälle von Besitzmittlern, die ihr Recht zum Besitz nicht von einem Oberbesitzer ableiten, sondern auf Grund eigenen Rechtes Besitz an einer Sache erworben haben lediglich auf Grund einer positiven gesetzlichen Bestimmung, und dennoch Besitz vermitteln. So besitzt der Ehemann (§ 1373, 1381) der Testamentsvollstrecker (§ 2205) nicht, weil sie ihr Recht zum Besitz von der Ehefrau oder dem Erben ableiten, sondern lediglich auf Grund ihrer Stellung und des damit verbundenen persönlichen eigenen Rechtes. Sodann ist noch gegen diese Theorie, die wohl als die herrschende anzusprechen ist und auch vom Reichsgericht geteilt wird, geltend zu

[83]) Strohal, Jher. JB., Bd. 38, S. 21—22.
[84]) Planck-Brodmann, Sachenr. § 868, Anm. 2b, S. 85.
[85]) Staudinger-Kober, § 868, Anm. I, 2a, S. 66 ff.
[86]) Biermann, Sachenr. § 868, Anm. 2c.
[87]) Strohal, Jher. JB. Bd. 38, S. 26.

machen, daß es auch zahlreiche Fälle gibt, in denen der Besitzer sein Recht zum Besitz von einem anderen ableitet, ohne daß dieser mittelbarer Besitzer bliebe, wie z. B. bei der Trennung und Occupation von Erzeugnissen eines Grundstücks mit Einwilligung des Eigentümers[88]).

Somit erweist sich das von der herrschenden Lehre aufgestellte Kriterium der „Ableitung des Rechtes zum Besitz" nicht als brauchbares Unterscheidungsmerkmal.

M. Wolff[89]) sieht das Unterscheidungsmerkmal darin, daß der Besitz des Mittlers inhaltlich beschränkter sein müsse als der Oberbesitz. Auch das trifft nicht in allen Fällen zu. Ist es doch möglich, daß Unter- und Oberbesitz inhaltlich gleich sind, wie z. B. wenn der Mieter einer Wohnung Räume weiter abvermietet.

Wieder andere, so vor allem Crome[90]), Biermann[91]), Przibilla[92]), Planck-Brodmann[93]) u. a. sehen das Wesen der Ähnlichkeit darin, daß der Mittler den Besitz des mittelbaren Besitzers anerkenne. Diese Meinung stützt sich vor allen Dingen auf Äußerungen, die in der zweiten Kommission im Zusammenhang mit der Frage, ob das Besitzmittlungsverhältnis gültig sein müsse, gemacht sind. Danach ist kein objektives obligatorisches Rechtsverhältnis für § 868 BGB. erforderlich, sondern es genüge, wenn der Mittler anerkenne für den mittelbaren Besitzer zu besitzen[94]). Auch diese Meinung ist nicht zutreffend. Die Anerkennung des Rechts des mittelbaren Besitzers durch den Mittler vermag allein ein Besitzmittlungsverhältnis nicht zu begründen. Dies erhellt am besten, wenn man sich die Rechtslage beim Funderwerb vergegenwärtigt. Der Finder ist nach § 966 BGB. zur Verwahrung der Sache verpflichtet. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Finder auch zum Besitz der Sache verpflichtet sei, wie § 868 verlangt. Der Finder braucht die Sache nicht in seinem Besitz zu behalten, wie bei der eigentlichen Verwahrung, sondern er kann die Sache, wie § 967 bestimmt, auch an die Polizei abliefern. Eine Verpflichtung zum Besitz liegt also auf Seiten des Finders nicht vor. Diese Verpflichtung zum Besitz ist aber neben dem Recht zum Besitz unbedingt erforderlich wie der Fall des Verkäufers zeigt, der bis zur Übergabe der verkauften Sache zur Aufbewahrung aber nicht zum Besitz verpflichtet ist, und deshalb auch kein Besitzmittler ist[95]). Würde aber der Finder die Absicht

[88]) Strohal, Jher. J.B. Bd. 38, S. 26.
[89]) Wolff, Sachenrecht § 8, I, 1b, S. 23.
[90]) Crome, 3. Bd. § 345, Anm. 1, S. 32.
[91]) Biermann, § 868, Anm. 2d. S. 47.
[92]) Przibilla, J.W.-Schrift 1908, S. 397.
[93]) Planck-Brodmann, § 868, Anm. 3, S. 87.
[94]) Protokolle Bd. 4, S. 608.
[95]) Leonhard V. b. Fahrniserwerb S. 71 ff.

äußern, für den unbekannten Verlierer zu erwerben, so würde diese Anerkennung des Rechtes des Verlierers völlig bedeutungslos sein. Lediglich durch den bloßen Willen des Finders kann kein Besitzmittlungsverhältnis für den Verlierer begründet werden. Der menschliche Wille ist für die Entscheidung dieser Frage viel zu schwankend und wandelbar. Falls man das Bestehen eines Besitzmittlungsverhältnisses von der Anerkennung durch den Mittler abhängig machen wollte, müßte dies auch bei Beendigung dieses Besitzmittlungsverhältnisses gelten. Der Mittler könnte also jederzeit lediglich durch bloßen Willensentschluß den mittelbaren Besitz beenden, indem er einfach den Oberbesitz nicht mehr anerkennen würde. Bei Streitigkeiten müßte der Oberbesitzer beweisen, daß der Mittler den Oberbesitz bis zum letzten Augenblick anerkannt hätte. Es würde nicht genügen, wenn der Oberbesitzer lediglich das Bestehen eines Rechtsverhältnisses nachweisen könnte, da ja dann immer noch nicht feststände, ob nicht der Mittler inzwischen die Anerkennung des Oberbesitzes versagt und damit einseitig den Besitz des mittelbaren Besitzes beendet hätte[96]). Hinzu kommt noch, daß in § 868 BGB. von einem irgendwie gearteten Willen des Besitzmittlers nicht die Rede ist; entscheiden soll vielmehr allein das zwischen Ober- und Unterbesitzer bestehende rechtliche Verhältnis.

Aus alledem ergibt sich, daß dem Willen des Besitzmittlers, die Sache für einen Andern zu besitzen, keine entscheidende Bedeutung zukommt und, daß demnach die Anerkennung des Besitzrechtes durch den Besitzmittler nicht das entscheidende Kriterium sein kann. Dagegen haben sich auch viele Schriftsteller ausgesprochen[97]).

Das Richtige scheint mir Leonhard[98]) getroffen zu haben. Er sieht die Ähnlichkeit in dem vermögensrechtlichen Interesse, das dem mittelbaren Besitzer bezüglich der Sache zur Seite steht. Die Sache müsse bereits als Vermögen des mittelbaren Besitzers gelten. Aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers müsse der Mittler erworben haben. Der mittelbare Besitzer müsse ein Vermögensopfer bringen, auf seine Kosten müsse die Sache in den Besitz eines zum Besitz Berechtigten oder Verpflichteten gekommen sein. Die Vermögenseinbuße liegt in der Regel im Verlust des unmittelbaren Besitzes an den Mittler, so z. B. wenn der Eigentümer einer Sache einem Andern einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht bestellt. Die Vermögenseinbuße kann aber auch darin liegen,

[96]) Bruns, Diss. S. 157, 158.

[97]) Aravantinos, Jher. JB. Bd. 48, S. 115, 118 ff. Rosenberg § 868, II, 2b, — Müller, b. Gruchot Bd. 54, S. 248 ff.

[98]) Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb S. 61, 73 und L. i. k. S., Seite 106.

daß der mittelbare Besitzer eine Forderung verliert oder, daß der Mittler für den mittelbaren Besitzer eine Schuld begründet[99]).

Gegen Leonhards Theorie hat man[100]) eingewandt, nicht mit jedem Vermögensopfer sei der Erwerb des mittelbaren Besitzes verbunden. Das ist selbstverständlich, und Leonhard hat das auch nicht behauptet. Damit der Andere mittelbaren Besitz erwirbt, müssen auch die anderen Voraussetzungen des § 868 vorliegen; die Vermögenseinbuße ist nur eine Voraussetzung. Andererseits wird gegen Leonhard geltend gemacht, so besonders von Przibilla[101]), daß mittelbarer Besitz oft entstehe, ohne daß der Oberbesitzer ein Vermögensopfer erlitte. Die von Przibilla angeführten Beispiele vermögen jedoch seine Behauptung nicht zu beweisen. Wenn ich meinem Freunde B. ein Buch schenke und es noch eine zeitlang als Entleiher behalte, etwa um es auszulesen, so ist er gemäß § 930 BGB. Eigentümer geworden. Das Buch gilt bereits als sein Vermögen. Wenn ich nun den Besitz noch behalte und ihm nur mittelbaren Besitz vermittele, so besitze ich auf Kosten seines Vermögens. Przibilla berücksichtigt nicht genügend, daß der mittelbare Besitzer statt des ihm zustehenden unmittelbaren Besitzes nur mittelbaren Besitz erlangt, also ein Minus gegenüber dem unmittelbaren Besitz. Die Einwendungen gegen Leonhards Theorie sind also nicht stichhaltig. Wie Leonhard auch Staudinger-Kober[102]).

Steht nunmehr fest, nach welchen Gesichtspunkten die Frage beantwortet werden muß, welche Rechtsverhältnisse als Besitzmittlungsverhältnisse in Frage kommen können, so ist weiter zu fragen, welche Anforderungen an das Rechtsverhältnis selbst gestellt werden müssen. Insbesondere fragt es sich, ob das Besitzmittlungsverhältnis gültig sein muß, oder ob auch ein vermeintliches Verhältnis der im § 868 genannten Art zur Begründung mittelbaren Besitzes genügt. Auch diese Frage ist sehr bestritten. Bruns[103]), Isay[103]), Aravantinos[103]) vertreten die Meinung, nur ein gültiges Rechtsverhältnis sei geeignet, die Grundlage für den Erwerb des mittelbaren Besitzes zu bilden. Wie bei Begründung des unmittelbaren Besitzes die tatsächliche Gewalt über die Sache erforderlich sei, so müsse bei der Begründung des mittelbaren Besitzes auch das Rechtsverhältnis, auf das sich der mittelbare Besitz gründen solle, tatsächlich bestehen und gültig sein.

[99]) So auch Bruns, Diss., S. 163.
[100]) Isay, Geschäftsführung, S. 160.
[101]) Przibilla, J.W.-Schr. 08, S. 396, 397.
[102]) Staudinger-Kober, § 868, Anm. I, 2b, S. 67.
[103]) Bruns, Diss., S. 157. — Isay, Geschäftsführung S. 276. — Aravantinas, Jher. J.B. Bd. 48, S. 115 ff.

Demgegenüber vertritt eine weitverbreitete Meinung, so insbesondere Planck-Brodmann[104]), Staudinger-Kober[104]), Biermann[104]) die Ansicht, das im § 868 BGB. geforderte Verhältnis brauche nicht rechtsgültig zu sein, auch ein bloßes Putativ-Verhältnis sei ausreichend, es genüge, wenn der Besitzmittler in Anerkennung eines Rechtsverhältnisses besitze, das bei Rechtsgültigkeit zur Besitzvermittlung geeignet sei. Beide Ansichten können jedoch nicht befriedigen; die letztere nicht, weil sie alles auf den Willen des Mittlers abstellt und deshalb in anderem Zusamenhang bereits abgelehnt ist, die erstere nicht, weil sie zuviel verlangt. Die erste Theorie bietet für den mittelbaren Besitzer große Nachteile. Falls man für die Begründung des mittelbaren Besitzes stets ein gültiges Rechtsverhältnis verlangt, so würde der Verpfänder, Vermieter usw. bei Ungültigkeit des Vertrages in eine mißliche Lage geraten. Er würde seinen Besitz völlig verlieren, also auch nicht mittelbarer Besitzer werden; die Eigentumsvermutung nach § 1006, Abs. 3 BGB. würde ihm nicht zustehen. Die Ersitzung würde nach § 940 Abs. 1 BGB. unterbrochen, und insbesondere würden ihm die Klagen des § 869 BGB., die er zur Wiedererlangung des Besitzes gut gebrauchen könnte, nicht zustehen. Diese Regelung kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Die richtige Meinung hat M. Wolff[105]) entwickelt. Danach bedarf es eines gültigen Rechtsverhältnisses nicht, es genügt auch ein Putativverhältnis. Das Gesetz verlangt nicht, daß der Mittler Mieter, Nießbraucher usw. ist, sondern nur, daß er als Mieter, als Nießbraucher besitzt. Dazu genügt aber auch ein Rechtsverhältnis, das sich schließlich als ungültig herausstellt. Der mittelbare Besitzer müsse aber wenigstens einen gültigen Herausgabeanspruch haben. Bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses sei zwar ein aus ihm fließender Herausgabeanspruch nicht vorhanden; es sei aber dann in der Regel statt dessen ein anderer, meist schwächerer Herausgabeanspruch gegeben, aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus unerlaubter Handlung. Und ein solcher Herausgabeanspruch sei zur Besitzmittlung geeignet. Daher hindere die Ungültigkeit des vereinbarten Verhältnisses in der Regel die Entstehung des mittelbaren Besitzes nicht. Nur dann, wenn bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses auch nicht ein solcher schwächerer Herausgabeanspruch gegeben sei, entstehe der mittelbare Besitz nicht. Diese Lehre stellt, um dies noch einmal hervorzuheben, nicht auf die Anerkennung des mittelbaren Besitzes durch den Mittler ab,

---

[104]) Planck-Brodmann § 868, Anm. 3, S. 87 — Staudinger-Kober § 868, II, 2, S. 69 — Biermann, § 868, Anm. 2d.
[105]) Wolff, Sachenr. § 8, I, 2, Seite 24.

wie Planck-Brodmann[106]) und Staudinger-Kober[107]), sondern sie verlangt ein objektives Moment, nämlich einen gültigen Herausgabeanspruch. Daß dieser aber mindestens vorliegen muß, dafür spricht auch § 870 BGB., der den Bestand des Herausgabeanspruchs verlangt. Diese Lehre vermeidet in geschickter Weise die Fehler der beiden anderen Meinungen und verbindet die Vorzüge dieser beiden anderen Lehren. Ihr kann man sich daher unbedenklich anschließen. So auch Kipp[108]), Last[108]) und auch das RG.[108]).

Die dagegen erhobenen Einwände[109]) greifen nicht durch. Es ist selbstverständlich, daß nicht jeder Herausgabe- und Bereicherungsanspruch zur Begründung mittelbaren Besitzes ausreicht, sondern es müssen auch noch die sonstigen bisher erörterten Voraussetzungen vorliegen. Insbesondere kann nur ein solcher Bereicherungsanspruch genügen, der auf Grund eines, sei es auch ungültigen Miet-, Pachtvertrages oder eines ähnlichen Verhältnisses entsteht. Subjektiv müssen also die Parteien ein solches Verhältnis vereinbart haben und auf Grund dessen besitzen wollen, wenn es sich auch nachher als nicht gültig herausstellen sollte. Insoweit ist also stets das subjektive Moment zu berücksichtigen.

Zusammenfassend läßt sich also sagen: Damit ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 BGB. vorliegt, ist erforderlich ein Rechtsverhältnis, kraft dessen ein Besitzrecht auf Zeit für den mittelbaren Besitzer begründet wird und das dem der im § 868 ausdrücklich genannten ähnlich ist. Ein Rechtsverhältnis ist aber dann den genannten ähnlich, wenn die Sache bereits als Vermögen des mittelbaren Besitzers gilt und der Besitzmittler aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers den Besitz erworben hat.[110]).

Vergleicht man hiermit den Auftragsvertrag, der wie oben ausgeführt beim Besitzerwerb durch Mittelspersonen in der Regel vorliegen wird, so kann kein Zweifel bestehen, daß der Auftragsvertrag ein Besitzmittlungsverhältnis ist, wenn der Beauftragte Sachen von dem Auftraggeber ausgehändigt erhält, damit er sie einem Andern überbringen soll. Der Beauftragte ist in diesem Falle zum zeitweisen Besitz berechtigt und verpflichtet. Das Rechtsverhältnis gleicht dem des Verwahrers, der Mittler besitzt auf Kosten des Vermögens des Auftraggebers, der nur mittelbaren Besitz behält, während er den unmittelbaren Besitz dem Beauf-

[106]) Planck-Brodmann, § 868, Anm. 3, S. 87.
[107]) Staudinger-Kober § 868, II, 2, S. 69.
[108]) Kipp, Bd. I, S. 797 — Last, Jher. J.B. Bd. 63, S. 134 — RG. 89, Seite 349.
[109]) Bruns, Diss. S. 159 — Rosenberg § 868, II,2a.
[110]) So auch Leonhard, L.i.k.S., S. 106 und V.b.F. S. 61, 72 ff.

tragten übergeben hat. Auch Leonhard[111]), Wolff[112]), Planck-Brodmann[113]), RG.-Komm.[114]) u. a. sehen in dem sog. Verkaufsauftrag ein Besitzmittlungsverhältnis.

Nicht so klar liegt die Sache bei dem hier allein in Frage komenden sog. Einkaufsauftrag. Es fragt sich, ob der Beauftragte dann, wenn er die Sachen nicht vom Auftraggeber erhält, sondern wenn er sie für diesen erst erwerben und in Empfang nehmen soll, an den neu angeschafften Sachen seinem Auftraggeber mittelbaren Besitz erwirbt. Zwar ist der Beauftragte nach § 667 BGB. verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er aus der Geschäftsführung erlangt, herauszugeben; hieraus ergibt sich, daß der Beauftragte auch in diesem Falle zum Besitz berechtigt und verpflichtet ist. Es fragt sich jedoch, ob dies Verhältnis dem des Nießbrauchers, Pächters usw. ähnlich ist. Würde man das Merkmal der Ähnlichkeit darin sehen, daß die Sache dem Mittler vom mittelbaren Besitzer „anvertraut" sein müßte oder daß er seinen Besitz vom mittelbaren Besitzer „ableiten" müßte, so würde der Beauftragte, der Sachen für seinen Auftraggeber erwirbt, zweifellos kein Besitzmittler sein. Anders jedoch, wenn wir das Merkmal der Ähnlichkeit mit der oben entwickelten Lehre in dem vermögensrechtlichen Interesse des mittelbaren Besitzers erblicken. Hat der Beauftragte die Sache im Namen des Auftraggebers gekauft und sich aushändigen lassen, so hat er für den Auftraggeber eine Schuld begründet (auf Zahlung des Kaufpreises). Darin liegt, wie oben ausgeführt eine Vermögensminderung des Auftraggebers. Daraus folgt, daß auch in dem Auftrag, eine Sache für den Auftraggeber zu Eigentum zu erwerben, ein „ähnliches" Verhältnis im Sinne des § 868 zu erblicken ist und daß der Beauftragte, wenn er den Auftrag ausführt und die Sache im Namen des Auftraggebers erwirbt und sich übergeben läßt, sofort für den Auftraggeber mittelbaren Besitz begründet. So auch Planck-Brodmann[115]), Endemann[116]), M. Wolff[117]), Leonhard[118]).

Damit sind denn auch gleich die Voraussetzungen genannt, unter denen der Beauftragte den mittelbaren Besitz für den Auftraggeber begründet. Der Beauftragte muß seine Vertretereigenschaft beim Abschluß des Kauf- und Übereignungsvertrages nach außen

---

111) Leonhard, VbF., S. 60.
112) Wolff, Sachenr. § 8, I, 1c. S. 24.
113) Planck-Brodmann § 868, Anm. 2, S. 85.
114) RGR. § 868, Anm. 3, S. 24.
115) Planck-Brodmann, § 868, Anm. 2b, S. 86.
116) Endemann, Bd. 2, § 32, Anm. 15, S. 164.
117) M. Wolff, Sachenr. § 8, I, 1b, S. 23.
118) Leonhard, VbF., S. 60, 61, 62.

hervortreten lassen, weil er nur dann eine Schuld für den Auftraggeber begründet und nur damit das Ähnlichkeitsmerkmal der Vermögensminderung erfüllt wird.

Eine andere Meinung[119]) will in dem sog. Einkaufsauftrag in jedem Fall, also auch dann, wenn der Beauftragte im eigenen Namen gehandelt hat, ein Besitzmittlungsverhältnis sehen und lediglich auf das Innenverhältnis zwischen Beauftragten und Auftraggeber abstellen. Auf diese Theorie kann an dieser Stelle noch nicht eingegangen werden, da sie zu sehr in das Gebiet der stillen Stellvertretung, das im 2. Kapitel zu behandeln ist, hineingreift. Eine Stellungnahme dazu ist hier auch nicht erforderlich, da insoweit Einigkeit besteht, daß dann, wenn der Beauftragte als direkter Stellvertreter also in fremdem Namen gehandelt hat, ohne Zweifel ein Besitzmittlungsverhältnis vorliegt und ein besonderes Hineinstellen der Sache in das Besitzmittlungsverhältnis nicht erforderlich ist[120]).

Wenn gegen die hier vertretene Theorie gesagt ist, sie ziehe für den Besitzerwerb unzulässigerweise die Stellvertretungsvorschriften heran, so ist das nicht richtig. Die Stellvertretungsvorschriften werden nicht für den Besitzerwerb herangezogen, sondern nur für die Frage, in welcher Person der obligatorische Vertrag zustande kommt. Diese Frage gibt aber, wie auch die Gegner zugeben müssen[121]), einen deutlichen Hinweis darauf, ob der Beauftragte nicht für sich, sondern „als" Beauftragter gehandelt hat. Hat der Beauftragte die Sache dagegen im fremden Namen eingekauft und muß er die eingekaufte Sache etwa, weil er sie im Ausland einkaufen sollte, noch längere Zeit mitnehmen, ehe er sie seinem Auftraggeber übergeben kann, so ist die Ähnlichkeit dieses Auftrages mit einem Verwahrungsvertrag ganz auffallend.

Damit kann dann festgestellt werden, daß auch der Beauftragte, der im Namen seines Auftraggebers Sachen vom Dritten erwirbt, schon mit der Empfangnahme der Sachen seinem Auftraggeber mittelbaren Besitz vermittelt.

Da jedoch, wie oben[122]) ausgeführt, die Erlangung des mittelbaren Besitzes zur „Übergabe" im Sinne des § 929 Satz 1 genügt, so ist auch die zweite Voraussetzung für den Eigentumserwerb des Auftraggebers erfüllt.

Überblickt man die Ausführungen des ersten Kapitels, so kann zusammenfassend gesagt werden: Im Falle der direkten Stellvertretung kann das Eigentum an einer Sache direkt vom Veräußerer auf den Erwerber übergehen. Dazu ist erforderlich, daß

---

[119]) Isay, Geschäftsführung, S. 351, Bruns Diss. S. 168.
[120]) vgl. die in den Fußnoten 115—118 aufgeführten Schriftsteller.
[121]) Rosenberg, Sachenr. S. 133.
[122]) vgl. § 7 der Abhandlung.

der Vertreter die Einigung über den Eigentumsübergang im Namen des Erwerbers mit dem Veräußerer abschließt und daß er (Mittler) dem Erwerber Besitz verschafft und zwar unmittelbaren, wenn er Besitzdiener ist, oder mittelbaren, wenn er selbst Besitzmittler nach § 868 BGB. ist.

Zweites Kapitel.

Eigentumserwerb bei indirekter Stellvertretung.

§ 9.

Nachdem nun die Möglichkeit des Eigentumserwerbs bei direkter Stellvertretung bejaht ist, ist weiter zu prüfen, wie sich die Rechtslage bei der indirekten oder verdeckten Stellvertretung gestaltet. Insbesondere ist zu fragen, ob es einen direkten Eigentumserwerb vom Veräußerer auf den „Vertretenen" auch bei indirekter Stellvertretung gibt. Als Wesen der indirekten Stellvertretung hatten wir es oben[1]) bezeichnet, daß der Vertreter zwar für fremde Rechnung in fremdem Interesse aber in eigenem Namen auftritt. Die Vertretereigenschaft bleibt bei der indirekten Stellvertretung dem Gegenkontrahenten verborgen, sei es nun, daß der Vertreter absichtlich im eigenen Namen gehandelt hat oder, daß er irrtümlich angenommen hat, seine Vertretereigenschaft würde nicht verkannt werden. Jedenfalls ist bei der indirekten Stellvertretung die eine Voraussetzung für den direkten Eigentumserwerb, die wir oben[2]) näher erörtert hatten, nämlich, das Handeln in fremdem Namen, nicht erfüllt. Das Offenheitsprinzip ist also nicht gewahrt. Die Folge müßte also sein, daß die Rechtswirkungen der indirekten Stellvertretung also auch der Eigentumserwerb stets erst in der Person des indirekten Stellvertreters oder des Ersatzmanns, wie ihn Leonhard[3]) nennt, eintreten müßten und daß es stets eines weiteren Rechtsaktes bedürfte, um die Rechtswirkungen vom sog. Vertreter oder Ersatzmann auf den Vertretenen zu übertragen. Dieser Satz wird dann auch von vielen Schriftstellern vertreten, er hat aber auch auf der anderen Seite vielfach Ablehnung gefunden. Die Frage, ob der Vertretene ohne Kundbarmachung der Vertretung, also durch indirekten Stellvertreter unmittelbar Eigentum erwerben kann, ist eine der umstrittensten im ganzen BGB. Sie war es auch bereits im gemeinen Recht. Es dürfte sich daher verlohnen, zunächst einen Überblick über den Stand der Frage im gemeinen Recht zu geben, da die leitenden Gesichtspunkte wohl auch für das geltende Recht Beachtung beanspruchen können.

---

[1]) vgl. § 1 der Abhandlung.
[2]) vgl. § 2d der Abhandlung.
[3]) Leonhard, VbF. S. 5.

Andererseits dürfte sich aber eine getrennte Behandlung der Frage nach gemeinem und geltenden Recht deshalb empfehlen, weil sich der Streit nach geltendem Recht mehr um die Anwendung des § 164 Abs. 2 BGB. dreht.

§ 10.

Im gemeinen Recht standen sich vor allem zwei große Gruppen von Theorien gegenüber, nämlich 1. die Willenstheorien und 2. die Interessetheorien. Während die einen den Willen eines Beteiligten über die Frage, wer bei nicht kundgegebener Stellvertretungsabsicht Eigentum erwirbt, entscheiden lassen wollen, stellen die anderen auf das Interesse eines Beteiligten ab. Und zwar soll nach der einen Ansicht der Wille des Empfängers, nach der anderen der Wille des Veräußerers entscheiden.

Wohl am meisten vertreten in Theorie und Praxis war zur Zeit des gemeinen Rechts die Willenstheorie, die den inneren Willen des Empfängers für die Frage, wer aus einer unklaren Traditionserklärung Eigentum erlangen soll, ausschlaggebend sein läßt. Diese Theorie ist, nachdem sie früher schon von Donellus und Puchta vertreten war, besonders von Bremer[4]) zu neuem Leben erweckt. Nach Bremer[5]) geht Besitz und Eigentum nicht nach dem erklärten, sondern nach dem sonst irgendwie ermittelten inneren Willen des Vertreters über. Diesen inneren Willen will Bremer aus den Umständen ermitteln. Bremer[6]) geht zur Begründung seiner Lehre von dem Begriff der Tradition aus. Darunter versteht er ein Aufgeben des Eigentums seitens des Tradenten, das an die Bedingung geknüpft ist, daß derjenige, zu dessen Gunsten er das Eigentum aufgebe, sich der Sache bemächtige. Dieser andere könne nun je nach seinem Willen für sich selbst oder für einen Andern Besitz ergreifen und damit Eigentum begründen. Denn dem Tradenten sei die Person des Erwerbers regelmäßig vollkommen gleichgültig. Jede Tradition sei regelmäßig — von wenigen Ausnahmen abgesehen — eine traditio in incertam personam[7]). Damit kommt Bremer zu dem Ergebnis, daß es lediglich von dem inneren Willen des Empfängers abhängt, ob er für sich oder den Auftraggeber Besitz oder Eigentum erwirbt.

Diese Theorie kann, wenn sie auch zur Zeit des gemeinen Rechtes herrschend gewesen ist, nicht befriedigen. Der innere Wille des Empfängers ist ein zu unsicheres Kriterium für die Entscheidung der Frage, wer Eigentümer geworden ist, der Vertreter

[4]) Bremer, Zeitschr. f. Z. u. Proz. Bd. 11, S. 249 und Bd. 20, S. 25 ff und 75 ff.
[5]) Bremer, Zeitschr. f. Ziv.R. u. Proz., Bd. 20 S. 65 ff.
[6]) Bremer, Zeitschr. f. Ziv.R. u. Proz., Bd. 20, S. 60 ff.
[7]) Bremer, Zeitschr. f. Ziv.R. u. Proz., Bd. 20, S. 73.

oder der Vertretene. Ein bestimmter innerer Wille wird sehr häufig beim Vertreter überhaupt fehlen. „Der Wille des Vertreters wird in der Regel nur auf den äußeren Vorgang gerichtet sein, der Vertreter will die Sache an sich nehmen und dem Vertretenen abliefern; darüber, ob mit diesem Ansichtnehmen jedoch Eigentumserwerb für ihn selbst oder für den Vertretenen verknüpft ist, macht er sich keine Gedanken[8])". Wenn der Beauftragte vielleicht nun auch weiß, daß er seinem Auftraggeber Eigentum verschaffen muß, so weiß er doch nicht, auf welchem Wege er dies Ziel erreichen kann. Er weiß nicht, ob er das durch die erste Übergabe an sich selbst erreicht oder erst durch die zweite Übergabe an den Vertretenen. Der Vertreter, der die fraglichen Rechtssätze nicht kennt, kann auch ihren Inhalt nicht ahnen. Daraus ergibt sich, daß der Wille des Empfängers über die Eigentumsfrage meist indifferent ist und mithin eine schlechte Instanz für die Entscheidung dieser Frage[9]).

Sollte aber wirklich ein bestimmter Wille einmal vorliegen, so ergeben sich beinahe unüberwindliche Schwierigkeiten, wenn es gilt, diesen inneren Willen zu beweisen.

Da jedoch der innere Wille so schwer zu ermitteln ist, so greift Bremer und mit ihm auch die Praxis zu Willensfiktionen, die jedoch keineswegs anerkannt werden können. So will Bremer den Willen aus den Umständen des Falles, insbesondere daraus schließen, ob der Vertreter wegen seiner Forderungen gegen den Vertretenen gedeckt ist. Diese Umstände geben jedoch kein untrügliches Bild von dem inneren Willen. Lenel[10]) weist mit Recht darauf hin, daß es dem Kommissionär eines Welthauses, dessen Kredit über allen Zweifel erhaben sei, vielfach ganz gleichgültig sei, ob das Eigentum direkt auf die Firma übergeht. Wenn er noch keine Deckung habe, so gebe er eben seiner Firma Kredit. Ein anderer Vertreter hat jedoch vielleicht das größte Interesse daran, daß er selbst erst Eigentum erlangt, da er sonst um seine Deckung bei seiner Firma besorgt sein muß. Die Frage nach der Deckung kann jedoch auch um deswillen nicht entscheiden, da es bei der Deckung die verschiedensten Abstufungen gibt — er kann zum Beispiel zur Hälfte oder zum Drittel gedeckt sein oder er kann unsichere Wechsel als Deckung erhalten haben — bei der Frage nach dem Willen des Empfängers jedoch nur eine einheitliche Antwort[11]). Das Fehlerhafte der Willenstheorie zeigt sich besonders aber auch dann, wenn einmal ein vom Vertragsinhalt der Einigung abweichender innerer Wille beim Empfänger vorhanden ist. Der Vertreter hätte es in seiner Hand, sich durch seinen bloßen

---

[8]) Lenel, Jher. JB. Bd. 36, S. 46.
[9]) Leonhard, VbF. S. 40, 41.
[10]) Lenel, Jher. JB. Bd. 36, S. 49.
[11]) Lenel, Jher. J.B. Bd. 36, S. 48, 49, 54. Leonhard, VbF., S. 42.

inneren Willen entgegen dem Eigentumsvertrage zum Eigentümer zu machen und sich damit sogar vor der Bestrafung wegen Unterschlagung zu sichern, wenn er den Nachweis führte, daß er den inneren Willen gehabt habe, die Sache für sich zu erwerben. Diese Folgen zeigen besonders die Gefahren der Willenstheorie. Einmal könnte der Auftraggeber bei einer solchen Regelung erheblich geschädigt werden, sodann könnte aber auch der Veräußerer dadurch Schaden erleiden, der etwa die Sache als Vollstreckungsobjekt beim Auftraggeber benutzen wollte und deshalb an dem Erwerb des Herrn sehr interessiert ist. Gerade dies letztere Bedenken hat Bremer wohl auch erkannt, und er will deshalb dem Veräußerer das Recht einräumen, sich gegen derartige Absichten des Mittlers durch vertragsmäßige Abmachungen beim Erwerbe zu sichern[12]). So sehr dies auch zu begrüßen ist, so muß es doch als eine einzelne Ausnahme von Bremers Theorie angesehen werden, die nur einen kleinen Teil der dagegen geltend gemachten Bedenken beseitigt und deshalb die Theorie im Ganzen nicht zu retten vermag.

Betrachtet man die Bemühungen Bremers, wie er aus den Umständen den inneren Willen des Mittlers zu ermitteln sucht, so erkennt man ohne weiteres, daß es bei dieser Art der Ermittelung des inneren Willens sehr leicht zu Trugschlüssen kommen muß. Im übrigen zeigt es sich hierbei aber auch, daß Bremer dem inneren Willen garnicht die entscheidende Bedeutung beilegt, so sehr er das auch immer betont. In erster Linie sind für Bremer die Begleitumstände maßgebend, unter denen der Besitzerwerb stattfand. Aus diesen Umständen schließt er dann auf den Willen und sieht den so ermittelten Willen als unbedingt vorliegend an, ohne daß er es für nötig hielte, in jedem einzelnen Fall stets das wirkliche Vorliegen eines solchen Willens nachzuprüfen. Man schaltet damit im Einzelfall den konkreten Willen des Vertreters, auf den es doch der Theorie nach ankommen sollte, wieder aus und entscheidet garnicht nach dem inneren Willen, sondern nach den Begleitumständen. Der innere Wille spielt also, wie auch Lenel[13]) betont, nur eine dekorative Rolle. Damit ist dann aber auch erwiesen, daß dem Willen des Vertreters garnicht die Bedeutung zukommen kann, die ihm die herrschende Lehre beilegt und daß dieser nicht der bestimmende Faktor sein kann. Diese Theorie ist also nicht stichhaltig.

Savigny[14]) will die Entscheidung auf den inneren Willen des Veräußerers abstellen. In seinem Werke

[12]) Bremer, Zeitschr. f. Ziv.R. u. Proz. Bd. 11 S. 249 ff.; Bd. 20, 65 ff.
[13]) Lenel, Jher. J.B. Bd. 36, S. 52.
[14]) v. Savigny, Recht d. Besitzes, S. 306, 353.

über das Recht des Besitzes führt er aus: „Bei der traditio entscheidet die Absicht des Tradens, sodaß der Erwerb des Besitzes nach dieser Absicht vor sich geht, selbst wenn der Repräsentant untreuerweise für sich selbst oder für einen Dritten erwerben will". Er stützt sich dabei vor allem auf die bekannte Entscheidung Ulpians l. 13 Dig. 39,5. Diese Theorie, die alles auf den inneren Willen des Veräußerers abstellen will, kann noch viel weniger befriedigen. Savigny hat vollkommen übersehen, daß das Interesse des Veräußerers an den Erwerbsfolgen meist viel geringer ist als das des Vertreters oder Vertretenen. Vielfach wird es dem Veräußerer doch völlig gleichgültig sein, wer Eigentümer wird, wenn er nur von seinen Vertragspflichten frei wird. Diese Theorie ist wegen ihrer unmöglichen Folgen in der Praxis fast stets abgelehnt. Würde es lediglich auf den inneren Willen des Veräußerers ankommen, so könnte sich der Veräußerer stets einen Zugriff auf die von ihm verkaufte Sache sichern, indem er später den Nachweis führte, er habe entgegen seiner eigenen Vertragserklärung den Vertreter zum Eigentümer machen wollen und diesen Willen verschwiegen. Derartigen beinahe arglistigen Machenschaften, daß der Veräußerer zugunsten seines geheimen inneren Willens von seinen ausdrücklichen Erklärungen im Vertrag abrücken könnte, kann das Gesetz unmöglich seine Zustimmung geben. Dieses Beispiel zeigt schon, daß der innere Wille des Veräußerers noch viel weniger das entscheidende Kriterium für die Frage des Eigentumserwerbs sein kann.

Der Willenstheorie verwandt ist die sog. Konstitutstheorie. Diese wurde vor allem von Kipp-Windscheid[15]) und späterhin vielfach in der Praxis so auch vom RG. vertreten. Nach dieser Theorie bestimmen sich die Erwerbswirkungen nach dem zwischen Vertreter und Vertretenen bestehenden Rechtsverhältnis. Diese Theorie läßt unmittelbaren Rechtserwerb nur dann zu, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen erworben hat. Hat der Vertreter dagegen seinen Willen, für einen anderen zu erwerben, nicht äußerlich wahrnehmbar hervorgehoben, so wird zunächst der Vertreter Eigentümer. Dieser überträgt jedoch in demselben Augenblick, in dem er die Sache im Auftrag eines andern erwirbt, durch ein sich unmittelbar an seinen Erwerb anschließendes constitutum possessorium auf seinen Auftraggeber Besitz und Eigentum. Das Eigentum geht also zwar zunächst auf den Beauftragten über, es geht jedoch sofort im Erwerbsakt vom Beauftragten auf den Auftraggeber weiter über, ohne daß es einer weiteren Tätigkeit des Beauftragten bedürfte.

Es zeigt sich auf den ersten Blick, daß diese Theorie große

[15]) Kipp-Windscheid, Lehrb. § 155.

Gefahren für den Beauftragten in sich birgt. Einmal würde der Beauftragte in seiner freien Willensentschließung sehr beengt. Kauft er eine Sache, die er für einen Andern kraft Auftrags beschaffen soll, so würde diese Sache sofort im Erwerbsakt auf den Auftraggeber weiter übergehen, auch wenn der Beauftragte diese Sache für sich erwerben und für den Beauftragten eine andere ganz gleiche oder ähnliche Sache erwerben wollte. Sodann würde der Beauftragte aber auch sein Deckungsmittel für gemachte Aufwendungen verlieren, wenn das Eigentum sofort ohne sein Zutun auf den Beauftragten übergehen sollte. Endlich würde auch der Tradent geschädigt werden können, da sein Wille überhaupt nicht berücksichtigt wird. Das Eigentum geht vom Empfänger auf den Auftraggeber weiter, wenn nur der Beauftragte im Einverständnis mit dem Auftraggeber den Willen hat, für diesen zu erwerben[16]), mag auch der Tradent vielleicht das größte Interesse daran haben, daß der Vertreter Eigentum erlangt.

Diese Gründe gegen die Konstitutstheorie mögen an dieser Stelle genügen[17]). Da diese Theorie auch nach geltendem Recht noch viele Anhänger hat, so wird weiter unten bei der Frage der Zulässigkeit eines anticipierten constitutum possessorium in eine eingehendere Kritik dieser Lehre eingetreten.

Im Gegensatz zu den Willenstheorien, die den Willen eines Beteiligten als das entscheidende Moment für die Frage des Besitz- und Eigentumserwerbs ansehen, stellen die Interessetheorien auf ein objektives Moment ab.

Ihering[18]) vertritt die Auffassung, die Frage, ob der Empfänger für sich oder für den Auftraggeber erwerbe, sei eine reine Interessenfrage. Und zwar entscheide das Interesse des Empfängers. Habe der Empfänger ein Interesse daran, zunächst für sich zu erwerben, so werde er selbst Eigentümer, andernfalls der Auftraggeber. Habe der Beauftragte im Namen des Auftraggebers gekauft, so habe der Beauftragte kein Interesse am Eigentumserwerb. Denn da im Falle der direkten Stellvertretung alle Rechtswirkungen den Vertretenen treffen und Deckungsansprüche des Vertreters gar nicht entstehen könnten, so verlange die Interessenlage, daß der Vertretene Besitz und Eigentum erwerbe. Habe der Vertreter dagegen im eigenen Namen, wenn auch für fremde Rechnung, also als indirekter Vertreter gekauft, so hafte er selbst aus dem Vertrag; er müsse deshalb auch wegen seiner Auslagen und übernommenen Verpflichtungen

[16]) RG. 30, S. 142.
[17]) Gegen die Konstituts-Theorie auch Regelsberger, Jher. J.B. 44, S. 406, 407. — Leonhard, Vertr. b. F., S. 46 ff.
[18]) Jhering, Der Besitzwille, S. 379 ff.

Deckung haben und deshalb verlange die Interessenlage, daß der indirekte Vertreter selbst Eigentum erlange.

Gegen diese Theorie hat man, vor allem Lenel[19]), zunächst geltend gemacht, es werde eine zu große Unsicherheit in die dinglichen Rechtsverhältnisse hineingetragen, wenn man in jedem einzelnen Falle die Interessenfrage prüfen wolle. Da die Interessen vor allem in der Deckungsfrage sehr verschieden sein könnten, so würde der Richter vor unlöslichen Aufgaben stehen. Dieser Vorwurf wäre berechtigt, wenn Ihering wirklich in jedem einzelnen Falle die konkrete Interessenlage ausschlaggebend sein lassen wollte. Dies ist jedoch nicht anzunehmen. Aus mehreren Stellen ergibt sich jedoch, daß Ihering nicht die konkrete, sondern die regelmäßige, typische Interessenlage entscheiden lassen wollte. Dabei muß man dann doch fragen, ob diese typische Interessenlage nur ein Grund für den Gesetzgeber zu entsprechender gesetzlicher Regelung ist, oder ob wir darin bereits eine feststehende Rechtsregel erblicken dürfen. Die Entscheidung dürfte wohl zugunsten der ersten Alternative ausfallen. Gegen diese Theorie ist weiter zu sagen, daß sie einseitig nur das Interesse des Empfängers bedenkt, und daß sie die Interessen des Auftraggebers und des Veräußerers vollständig unberücksichtigt läßt. Schließlich kann auch nicht zugegeben werden, daß in den Fällen der indirekten Stellvertretung der Vertreter regelmäßig ein Interesse am Eigentumserwerb habe, weil er Deckungsansprüche an den Vertretenen habe. Der indirekte Vertreter braucht nicht immer Deckungsansprüche zu haben, so z. B. wenn er das Geld zu einem Barkauf vom Auftraggeber schon erhalten hat[20]). Andererseits kann aber auch der direkte Stellvertreter Deckungsansprüche gegen den Auftraggeber haben, so z. B. wenn er das Geld aus eigener Tasche ausgelegt hat[21]). Daraus ergibt sich, daß man nicht die allgemeine Regel aufstellen kann, daß indirekte Stellvertretung und Deckungsansprüche stets untrennbar zusammengehörten. Dieses Moment kann also nicht ausschlaggebend sein.

Verwandt mit Iherings Interessentheorie, jedoch von größerer Bedeutung als jene, ist die von Lenel[22]) aufgestellte Kausaltheorie. Sie geht aus von dem dem Eigentumserwerb zugrunde liegenden Kausalverhältnis, weil darin sich das typische Interesse des Vertreters und Vertretenen widerspiegele[23]). Nach Lenel geht das Eigentum stets auf den über, der Gläubiger

[19]) Lenel, Jher. J.B. Bd. 36, S. 53, 54; auch Crome, System d. deutsch. bürgl. Rechts Bd. 3, § 400, Anm. 35, S. 314 — Bruns, Diss. S. 9.
[20]) Leonhard, VbF. S. 49, 50.
[21]) Lenel, Jher. J.B. 36, S. 54 ff.
[22]) Lenel, Jher. J.B. Bd. 36, S. 55 ff, 67 ff.
[23]) Lenel, Jher. J.B. Bd. 36, S. 58 und 67.

im Kausalverhältnis ist. Lenels Lehre gipfelt in folgenden zwei Sätzen: 1. „Wer im Auftrag eines Andern Besitz erwirbt auf Grund eines für diesen Andern bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für diesen Andern". 2. „Wer, sei es auch im Interesse und im Auftrag eines Andern, Besitz erwirbt auf Grund eines für ihn selbst bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für sich selbst."

Der Wille des Vertreters im Moment des Besitzerwerbs spielt nach Lenel[24]) überhaupt keine Rolle, sondern das Kausalverhältnis allein gibt den Ausschlag. Lenel vertritt die Auffassung, daß fremde Erwerbscausa auf fremdes Interesse hindeute und daß die eigene Erwerbscausa des Vertreters typischerweise eigenes Interesse des Besitzergreifenden erkennen lasse[25]).

Es muß anerkannt werden, daß das Kausalverhältnis in vielen Fällen einen sicheren Schluß auf die Eigentumsfrage gestattet. Jedoch kann auch die Kausaltheorie im Ganzen nicht befriedigen. Es ist ein Fehler der Kausaltheorie, wenn die Causa allein ausschlaggebend sein soll. Die Causa ist vielmehr nur ein einzelnes Moment neben dem auch sonstige besondere Umstände des Falles berücksichtigt werden müssen. Es geht nicht an, ausdrückliche positive Abmachungen über die Eigentumsfrage völlig unbeachtet zu lassen. Es ist nicht einzusehen, warum es dem Veräußerer nicht gestattet sein sollte, das Eigentum auf den Mittler zu übertragen, obwohl das Kausalverhältnis auf den Geschäftsherrn hinweist. Ebenso ist es nicht zu rechtfertigen, daß das Eigentum bei Vorliegen eines den Mittler selbst berechtigenden Kausalverhältnisses nicht auf den Geschäftsherrn selbst soll übertragen werden können, wenn Veräußerer und Mittler bei der Übergabe dies übereinstimmend wünschen und entsprechende ausdrückliche Erklärungen abgeben. Diese Regelung widerspräche vollkommen dem bekannten Satz, daß die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts sich in erster Linie nach dem erklärten Geschäftswillen richten[26]). Daraus ergibt sich, daß das Kausalverhältnis nicht allein maßgebend sein kann. Dieses hat vielmehr nur die Bedeutung eines Indizes für die Auslegung des Parteiwillens. Gerade weil die Kausaltheorie immer nur das Kausalverhältnis entscheidend sein lassen will und entgegenstehende Abmachungen bei der Übertragung unberücksichtigt läßt, deshalb führt sie in manchen Fällen zu unhaltbaren Ergebnissen. Gegen die Kausaltheorie haben sich auch ausgesprochen Leonhard[27]), Rümelin[27]), Manigk[27]).

[24]) Lenel, Jher. J.B. Bd. 36, S. 59.
[25]) Lenel, Jher. J.B. Bd. 36, S. 67.
[26]) Leonhard, VbF., S. 32, 33.
[27]) Leonhard, VbF. S. 50 ff — Rümelin, Arch. f. z. Praxis Bd. 93, S. 233 ff — Manigk, Will.Erkl. u. Will.Geschäft, S. 466, 591.

Doch hat Lenels Kausaltheorie auch vielfach Anhänger gefunden. Unbedingt angeschlossen haben sich ihr Hupka[28]) und v. Tuhr[28]).

Auch Regelsberger[29]) steht auf dem Boden der Lenelschen Kausaltheorie, wenn er ihr auch eine etwas abweichende Begründung gibt. Regelsberger stellt ganz wie Lenel für das gemeine Recht den Satz auf: „Die Person des Erwerbers wird beim Besitzerwerbsgeschäft durch den Erwerbsgrund bestimmt. Der Empfänger der Sache, der nicht Gläubiger aus dem Kausalverhältnis ist, erwirbt Besitz und Eigentum nicht sich, sondern dem nach dem Grundgeschäft Erwerbsberechtigten[30])". Wenn das Grundgeschäft als Erwerbsberechtigten den Empfänger der Sache ausweist, so wird dieser durch den Traditionsakt Besitzer und Eigentümer. Der Empfänger ist aber der Erwerbsberechtigte, wenn er den Kaufvertrag im eigenen Namen abgeschlossen hat, sei es auch im Interesse und Auftrag eines Andern[31]). Regelsberger stützt seine Theorie, daß aus dem Besitzübertragungsgeschäft als Besitzer und Eigentümer hervorgeht, wen das Grundgeschäft als zu diesem Erwerb berechtigt ausweist, „auf den natürlichen Zusammenhang zwischen dem Erwerbsgeschäft und dem zum Vollzug dienenden Besitzübertragungsgeschäft[32])." Für Regelsberger kommt es also genau wie für Lenel allein auf das obligatorische Verhältnis an, das die Causa der Tradition bildet. Wie sich der Veräußerer oder der Empfänger oder wie sie sich übereinstimmend die Wirkung der Übergabe vorgestellt haben, ist ohne Einfluß. Irgendwelche anderweitige Abmachungen sind deshalb nach Regelsberger neben der Causa genau wie bei Lenel unbeachtlich. Es braucht deshalb auf diese Theorie nicht näher eingegangen zu werden. Dieser Theorie stehen dieselben Bedenken entgegen, die gegen Lenels Kausaltheorie geltend gemacht sind[33]).

Als Ergebnis des geschichtlichen Rückblicks kann daher festgestellt werden, daß im gemeinen Recht über die Frage des Eigentumserwerbs durch einen indirekten Stellvertreter eine große Anzahl von Theorien aufgestellt wurden, die alle mehr oder weniger Anhänger hatten, von denen jedoch keine völlig befriedigen kann.

---

[28]) Hupka, Vollmacht, S. 72, 73 — v. Tuhr, Jher. J.B., Bd. 48, S. 41 ff.
[29]) Regelsberger, Jher. J.B., Bd. 44, S. 415 ff.
[30]) Regelsberger, Jher. J.B. Bd. 44, S. 415, 416.
[31]) Regelsberger, Jher. J.B. Bd. 44, S. 418.
[32]) Regelsberger, Jher. J.B. Bd. 44, S. 423.
[33]) Gegen Lenel und Regelsberger auch Oertmann § 164, Anm. 1c.

§ 11.

Auch im bürgerlichen Recht ist die Frage des Eigentumserwerbs durch indirekten Stellvertreter, insbesondere also die Frage, ob es möglich ist, daß der Vertretene ohne Kundgabe der Vertretung unmittelbar Eigentum erwerben kann, äußerst bestritten. Das BGB. hat davon abgesehen mit einem knappen Befehl in diese umstrittene Materie einzugreifen, da man diese Frage der Wissenschaft überlassen wollte. Im BGB. findet sich nur eine Bestimmung, die die indirekte Stellvertretung berührt, und zwar der § 164 Abs. 2 BGB. Dieser bestimmt: Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.

Gerade um die Auslegung, Bedeutung und Tragweite dieser Bestimmung dreht sich heute der Streit der Meinungen. Wendet man diese Bestimmung auf die dingliche Einigung beim Eigentumserwerb strikte an und sieht man in ihr eine Bestätigung des Offenheitsprinzips, so muß man bei nicht offener oder indirekter Stellvertretung einen direkten Eigentumsübergang ablehnen und stets erst noch einen weiteren Übertragungsakt fordern. Eine andere Theorie, die mehrere Anhänger hat, will den § 164 Abs. 2 BGB. auf die dingliche Einigung nicht anwenden und läßt deshalb auch bei verdeckter Stellvertretung einen direkten Eigentumsübergang vom Veräußerer auf den Vertretenen zu. Eine dritte Gruppe von Theorien wendet den § 164 Abs. 2 BGB. nur dann an, wenn der Veräußerer auf eine bestimmte Person übertragen will, während sie ihn nicht anwendet, wenn es dem Veräußerer gleichgültig ist, wer Eigentum erwirbt, der Handelnde selbst oder ein hinter ihm stehender Auftraggeber. Zu dieser Gruppe gehören insbesondere auch die Schriftsteller, die das sog. „Geschäft wen es angeht" anerkennen und demgemäß auch bei nicht zum Ausdruck gebrachter Stellvertretung einen direkten Eigentumserwerb des Vertretenen zulassen.

§ 12.

Zunächst mag diejenige Gruppe von Theorien behandelt werden, die § 164 Abs. 2 BGB. und damit auch das Offenheitsprinzip auf die Einigung überhaupt nicht anwenden wollen. Die Begründung, die die Vertreter dieser Theorie für die völlige Ausschaltung des § 164 Abs. 2 BGB. geben, ist sehr verschieden.

Nach Eck [34]) hat der § 164 Abs. 2 BGB. überhaupt nur eine sehr beschränkte Bedeutung. Er soll nach Eck nur Anwendung

[34]) Eck, Vortr. ü. d. Bürgerl. Recht, S. 178 ff. Vortr. ü. d. Entw. e. BGB., Heft I, S. 65 ff.

finden auf das Verhältnis zwischen dem Erklärenden und dem Geschäftsgegner, er soll jedoch keine Geltung haben Dritten gegenüber, wozu auch der Vertretene und alle anderen außerhalb dieses Verhältnisses stehenden Personen gehören. Eck kommt zu dieser einschränkenden Auslegung, indem er den Worten des Absatz 2 „der Mangel des Willens kommt nicht in Betracht" die Worte „dem Gegner gegenüber" einschiebt. Nach Eck will der § 164 Abs. 2 BGB. die Berufung auf den geheimen Vertretungswillen nur dem Mittler dem Vertragsgegner gegenüber abschneiden, sodaß der Gegner bei nicht erkennbarer Vertretungsabsicht sich unter allen Umständen an den Mittler halten könne. „Außerhalb des Verhältnisses zwischen den beiden Kontrahenten aber müsse der nicht erkennbare Vertreterwille nicht notwendig außer Betracht bleiben[35])". Es können daher nach Eck, ohne daß das Offenheitsprinzip gewahrt wäre, sehr wohl Wirkungen in der Person des Vertretenen eintreten. Eck führt dazu das bekannte Schulbeispiel an von der Hausdame, die mit Geld der Herrschaft für den Haushalt silberne Löffel kauft, ohne die Vertretereigenschaft bekanntzugeben und die dann vor der Ablieferung an die Herrschaft bei ihr gepfändet werden. Eck nimmt in diesem Falle unmittelbaren Eigentumserwerb des Herrn an und folgert dies offenbar daraus, daß der § 164 Abs. 2 auf das Verhältnis zwischen Veräußerer und Geschäftsherrn keine Anwendung finde, sondern auf das Verhältnis zwischen den beiden Kontrahenten also Veräußerer und Mittler beschränkt sei.

Gegen diese Theorie Ecks ist einzuwenden einmal, daß Eck sich mit seiner Theorie mit dem Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch setzt. Im Gesetz stehen die Worte „dem Gegner gegenüber" nicht, und ihre Einschiebung bedeutet, wie Rümelin[36]) mit Recht hervorhebt, eine willkürliche Einschränkung, die durch den Nachweis, daß so der allseitigen durchschnittlichen Interessenlage am besten entsprochen sei, noch nicht gerechtfertigt wird. Durch die Einfügung der fraglichen Worte legt Eck in den Gesetzeswortlaut einen Sinn hinein, der diesem selbst fremd ist. Aus der rein negativen Fassung der Vorschrift dürfte sich das Positive, daß der Vertretene Rechte daraus erwerben könnte, nicht herleiten lassen. Wenn Eck meint, im Verhältnis zwischen Veräußerer und Mittler sei der Mittler Eigentümer, Dritten gegenüber gelte jedoch der Vertretene als Eigentümer, so würde das zu einer ganz unmöglichen Doppelheit des Eigentums führen, die mit dem geltenden Recht nicht in Einklang zu bringen wäre. Aus diesem Grunde lehnt auch Oertmann[37])

[35]) Eck, Vortr. ü. d. bürgl. Recht., S. 179, 180.
[36]) Rümelin, Arch. f. z. Prax., Bd. 93, S. 214.
[37]) Oertmann, Allg. Teil § 164, 1d, S. 606.

Ecks Theorie ab. Schließlich ist auch die Annahme Ecks, § 164 Abs. 2 sei lediglich eine Schutzvorschrift zu Gunsten des Veräußerers nicht gerechtfertigt. Diese Bestimmung dient vielmehr auch dem Schutze des Vertreters. Hätte mit dieser Bestimmung lediglich der Veräußerer geschützt werden sollen, so wären besondere Schutzvorschriften zugunsten des Vertreters und Vertretenen und Dritter notwendig gewesen, die jedoch fehlen. So auch Leonhard[38]) und Planck[38]).

Ähnlich wie Eck will auch Mumm[39]) den § 164 Abs. 2 BGB. auf die dingliche Einigung nicht zur Anwendung bringen, da § 164 Abs. 2 nur den Zweck verfolge, den Gegenkontrahenten zu schützen. Dieser bedürfe jedoch bei der dinglichen Einigung eines Schutzes nicht.

Soweit Mumm behauptet, § 164, Abs. 2 sei lediglich eine Schutzvorschrift zum Schutze des Veräußerers, kann zur Widerlegung auf das gegen Eck vorgebrachte Bezug genommen werden. Mit seiner weiteren Behauptung, mit der Mumm die Anwendung des Offenheitsprinzips ausschalten will, der Veräußerer bedürfe bei der Einigung eines Schutzes nicht, verkennt Mumm vollständig, daß auch der Veräußerer oft ein sehr berechtigtes Interesse an der Person des Erwerbs hat, er will z. B. dem Empfänger schenken und die Weiterveräußerung des Geschenks verbieten.

Auch David[40]) und Brach[41]) wollen den Vertretenen bei indirekter Stellvertretung sofort Eigentümer werden lassen, obwohl das Offenheitsprinzip nicht gewahrt ist. Nach diesen beiden Schriftstellern will § 164 Abs. 2 nur das Verhältnis zwischen dem Vertreter und dem Dritten (Veräußerer) regeln, jedoch nichts ändern an den Folgen der Tatsache, daß der Handelnde nicht für sich selbst handeln, sondern Rechte und Pflichten unmittelbar für einen Andern begründen wolle. Dieser Wille des Vertreters bewirke es, daß die Willenserklärung des Vertreters selbst doch eine im fremden Namen abgegebene bleibe und daher auch Wirkungen in der Person des Vertretenen zeitige, obwohl dieser Vertretungswille nach außen nicht in die Erscheinung getreten sei. Auch gegen diese Meinung ist zu sagen, daß sie den § 164 Abs. 2 einengend auslegt und dem Wortlaut des Gesetzes Gewalt antut und ihn dabei fast in sein Gegenteil verkehrt.

Jung[42]) will den § 164 Abs. 2 auf die Eigentumserwerbshandlungen nicht anwenden, weil nach seiner Ansicht „Besitz und

[38]) Leonhard, VbF., S. 12 ff. — Planck-Flad, § 164, Anm. 3, S. 433.
[39]) Mumm, Im Recht 1901, S. 137.
[40]) David, Im Recht, 1901, S. 506 ff.
[41]) Brach, Im Recht, 1901, S. 558 ff.
[42]) Jung, Zeitschr. f. d. g. Hand.R., Bd. 47, S. 225.

Eigentumsveränderung nicht als gewollte Rechtswirkungen rechtsgeschäftlicher Erklärungen eintreten, sondern nach gesetzlichen Voraussetzungen." Nach Jung[43]) spielt das Offenheitsprinzip und der § 164 BGB. wohl eine Rolle beim Abschluß des obligatorischen Vertrages, nicht jedoch bei der Übereignung. Der Veräußerer habe ein Interesse an dem Käufer, weil er von diesem den Kaufpreis zu fordern habe. Welche Person aber Eigentümer der von ihm verkauften Sache werde, das liege regelmäßig ganz außerhalb seines bei diesem Verkauf in Frage stehenden Geschäftsinteresses[44]). Jung läßt deshalb den Willen und zwar auch den ausdrücklich erklärten völlig unbeachtet. Er läßt auch dann, wenn der Veräußerer nur dem ihm gegenüberstehenden Vertreter Eigentum übertragen will, das Eigentum direkt auf den Vertretenen übergehen. Dies ergibt sich zweifellos, wenn er sagt: „Sollte aber auch in einem einzelnen Falle der Tradent gerade den ihm Gegenüberstehenden zum Eigentümer machen wollen und dieser Wille differiert mit dem des Traditionsempfängers, so ist der Wille des Traditionsempfängers der maßgebende. Der Wille des Tradenten, gerade den Traditionsempfänger zum Eigentümer zu machen, hindert nicht, daß der Traditionsempfänger das Eigentum dennoch für einen andern erwirbt[45])". Auf diese Weise kommt Jung dazu, dem inneren Willen des stillen Vertreters eine größere Bedeutung beizulegen als dem erklärten Willen des Tradenten. Diese Tatsache muß stutzig machen.

Jung gelangt dazu durch Heranziehung der Entstehungsgeschichte des maßgebenden § 929. In der ersten Lesung des Entwurfs lautete der dem jetzigen § 929 entsprechende § 874: „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber unter Übergabe der Sache zu schließender Vertrag erforderlich, welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll." Diese Worte „auf den Erwerber" seien bei der zweiten Lesung gestrichen und diese Streichung sei recht bedeutsam. Wenn der jetzt maßgebende Gesetzestext des § 929 außer der Übergabe nur verlange, „daß beide darüber einig sind, daß Eigentum übergehen soll", so ergebe sich daraus, daß zu der Einigung eine Übereinstimmung über eine bestimmte individuell vorgestellte Person als dem neuen Eigentümer nicht gehöre. Wenn nun die Einigung nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nur in der Übereinstimmung bestehe, daß das Eigentum übergehen solle, so sei es selbstverständlich, daß dann das zweite Moment der

[43]) Jung, Zeitschr. f. d. g. Hand.R., Bd. 47, S. 196.
[44]) Jung, Zeitschr. f. d. g. Hand.R., Bd. 47, S. 183 ff, insbes. S. 191.
[45]) Jung, Zeitschr. f. d. ges. Hand.R., Bd. 47, S. 183 ff, insbes. 195.

Tradition, die Übergabe, erst die Person des neuen Erwerbers festlege[46]). Für die Frage, wer aber Besitz erwerbe, entscheide nur das Verhalten des Traditionsempfängers. Wenn dieser für den Dritten Besitz erwerben wolle und zu diesem in einem Verhältnis nach § 855 oder 868 BGB. stehe, so erlange der Dritte Besitz und Eigentum nicht auf Grund rechtsgeschäftlicher Erklärungen und ohne Rücksicht darauf, ob der Traditionsempfänger im eigenen oder fremden Namen handele, sondern lediglich auf Grund der Tatsache, daß er Besitzdiener oder Besitzmittler sei.

Gegen Jungs Lehre sprechen erhebliche Bedenken. Schon der Ausgangspunkt dieser Lehre, daß zu der Einigung im Sinne des § 929 eine Übereinstimmung über die Person des Erwerbers nicht gehöre, sondern daß es genüge, wenn beide Parteien darüber einig seien, daß das Eigentum übergehen solle, ist nicht richtig. Der einzige Grund, den Jung für seine Lehre anführt, die Entstehungsgeschichte des § 929 BGB. kann zum Beweise nicht genügen; ihr allein kann keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden. Sodann ist zu bestreiten, daß der Sinn des § 929 durch die Streichung der Worte „auf den Erwerber" irgendwie geändert wäre. Die Streichung ist lediglich deshalb erfolgt, weil diese Worte überflüssig waren: denn wenn der Veräußerer und der Erwerber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll, dann sind sie auch darüber einig, daß das Eigentum auf den übergehen soll, der neuer Eigentümer werden soll. Der neue Eigentümer ist aber der Erwerber, wie sich aus den §§ 933, 934 BGB. ergibt; denn diese Paragraphen reden von dem Erwerber als dem, der Eigentümer wird. Wenn Veräußerer und Erwerber sich über den Eigentumsübergang einig sind, so sind sie begriffsnotwendig auch darüber einig, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll. Wenn dem aber so ist, konnten diese Worte im Gesetzeswortlaut des § 929 ohne weiteres gestrichen werden, ohne daß dadurch der Sinn der Bestimmung ein anderer geworden wäre.

Dies spricht gegen Jungs Behauptung, daß die Einigung des § 929 lediglich in dem Einigsein darüber, daß Eigentum übergehen solle, bestehe, nicht jedoch in einer Einigung über die Person des Erwerbers. Damit wird aber auch der weiteren Behauptung Jungs, daß erst die Übergabe die Person des Erwerbers festlege, der Boden entzogen. Die Einigung ist vielmehr neben der Übergabe von gleicher Bedeutung, und sie spielt bei der Frage, wer Eigentum erwirbt, eine entscheidende Rolle. Wenn es jedoch unrichtig ist, daß nicht die Übergabe, sondern die Einigung die Person des Erwerbers festlegt, so ist auch die damit zusammenhängende weitere Behauptung Jungs, die Eigentums-

[46]) Jung, Zeitschr. f. d. g. Hand.R., Bd. 47, S. 196, 225.

veränderungen träten nicht als gewollte Rechtswirkungen rechtsgeschäftlicher Erklärungen ein, unrichtig. Wie bereits oben[47]) ausgeführt ist, hat die Einigung rechtgeschäftlichen Charakter. Die Eigentumsveränderungen treten nur ein, weil dahingehende Willenserklärungen vorliegen. Wenn Jung aus den oben angeführten Gründen den § 164 Abs. 2 BGB. und überhaupt das Offenheitsprinzip auf die Eigentumserwerbshandlungen nicht anwenden will, so muß der von ihm zu führende Beweis für seine Theorie als mißlungen bezeichnet werden, da seine Lehre auf irrtümlichen Voraussetzungen beruht.

Schließlich sei in diesem Zusammenhang auch noch eine Theorie von v. Tuhr[48]) erwähnt, der auch unter Ausschaltung des § 164, also ohne Kundgebung des Vertreterwillens einen Eigentumserwerb des Geschäftsherrn für möglich hält. Dieser will den § 185 BGB. auf den Eigentumserwerb durch Stellvertreter analog anwenden und damit die Möglichkeit eröffnen, durch „Handeln im eigenen Namen" unmittelbar für einen Andern Mobiliarrechte zu begründen. Der Gedankengang v. Tuhr's ist folgender: Da durch § 185 die Verfügungsmacht des Handelnden mit Zustimmung des Dritten auf gewisse Rechte des Dritten ausgedehnt werden könne, so müsse auch die auf den eigenen Rechtskreis des Handelnden beschränkte Erwerbsmacht bei Zustimmung des Dritten auf dessen Rechtskreis erweitert werden können. So gut der Vertreter mit Zustimmung des Veräußerers über dessen Rechte im eigenen Namen verfügen könne, ebensogut und noch mehr sei es möglich, daß der Vertreter mit Zustimmung des Erwerbers durch Handeln im eigenen Namen Rechte für den Erwerber begründe.

Dieser Analogieschluß, den v. Tuhr zieht, muß jedoch als höchst bedenklich abgelehnt werden. Während in dem Normalfall, den § 185 BGB. regelt, die Ermächtigung den zwischen der äußeren Sachlage und der wirklichen Rechtsgestaltung klaffenden Widerspruch heilt, bewirkt die von v. Tuhr vorgeschlagene Analogie genau das Gegenteil. Während im ersten Fall derjenige, der den Besitz erwarb, vermöge der Ermächtigung auch das Eigentum an ihr erwarb, also Recht und Rechtschein durch die Ermächtigung in Einklang gebracht werden, wird durch die vorgeschlagene Analogie genau das Gegenteil erreicht. Der Mittler erhält den Besitz und ebenso wird auch die Einigung zwischen ihm und dem Veräußerer abgeschlossen, sodaß man annehmen müßte, daß auch das Eigentum auf den Mittler übergehen würde. Nach v. Tuhr soll jedoch das Eigentum vermöge der Ermächtigung unmittelbar auf den Geschäftsherrn übergehen, ohne daß das

[47]) Vgl. § 3 d. Abhandlung
[48]) v. Tuhr, Der Allg. Teil d. d. bürg. Rechtes § 84, III S. 350.

irgendwie nach außen in die Erscheinung getreten wäre. Recht und Rechtschein, die bisher völlig übereinstimmten, würden also gerade durch die Zulassung der Ermächtigung von einander getrennt, indem kraft der Ermächtigung eine Wirkung einträte, die weder aus den Handlungen noch aus den Erklärungen der Beteiligten zu erkennen war. Damit würde das das Sachenrecht beherrschende Publicitäts-Prinzip völlig in sein Gegenteil verkehrt[49]). Daraus folgt, daß auch v. Tuhrs Theorie keinen Anspruch auf Anerkennung machen kann.

Keine der aufgeführten Theorien, die zu einer völligen Ausschaltung des Offenheitsprinzips und des § 164 Abs. 2 BGB. auf die dingliche Einigung kommen, hält einer eingehenderen Untersuchung stand.

§ 13.

Eine andere Gruppe von Theorien will den § 164 Abs. 2 BGB. und das Offenheitsprinzip nur dann anwenden, wenn der Veräußerer das Eigentum auf eine bestimmte Person übertragen will. Sie wendet diese Bestimmung jedoch nicht an, wenn der Übertragungswille des Tradenten nicht auf eine bestimmte Person gerichtet ist, wenn es dem Veräußerer vielmehr gleichgültig ist, wer Eigentum erwirbt, der Handelnde oder ein von ihm Vertretener.

Neumann[50]) weist darauf hin, die Person des Erwerbers könne dem Veräußerer bald gleichgültig, bald jedoch erheblich sein. In dem ersten Falle bedürfe es zur Eigentumsübertragung keiner Einigung über die Person des Erwerbers. Falls jedoch die Person des Erwerbers für den Handelnden erheblich sei, so bedürfe es auch gemäß § 154 Abs. 1 BGB. einer Einigung über diesen Punkt. Er will dementsprechend auf den ersten Fall das Offenheitsprinzip und besonders den § 164 Abs. 2 BGB nicht anwenden, auf den zweiten Fall soll diese Bestimmung jedoch anwendbar sein.

Auch Kuhlenbeck[51]) will bei Uninteressiertheit des Übertragenden an der Person des Erwerbers die Bestimmung des § 164 Abs. 2 nicht anwenden, weil diese Norm lediglich den Schutz des Gegenkontrahenten bezwecke, mithin da nicht in Betracht kommen könne, wo es dem Gegner vollkommen gleichgültig sei, mit wem er es zu tun habe, wer das Eigentum erwerbe.

Neumann und Kuhlenbeck lassen dann in den Fällen, wo es dem Veräußerer gleichgültig ist, das Eigentum ohne Kundgabe der Stellvertretung auf den Geschäftsherrn übergehen, wenn der Vertreter dies will. Diese Theorien müssen schon deshalb abgelehnt werden, da sie Vertretungswirkung eintreten lassen,

[49]) Vgl. Cohn, Das rechtsgeschäftl. Handeln S. 151.
[50]) Neumann, Handausgabe des BGB. 1912. Anm. II, 2 zu § 929.
[51]) Kuhlenbeck, Das BGB., Anm. 3 zu § 164;

obwohl der Vertretungswille nicht erklärt ist. Sie verstoßen also gegen die Grundregeln der Erklärungstheorie, daß positive Rechtswirkungen sich niemals aus dem nichterklärten Willen ergeben können[52]).

Auch Staudinger-Kober[53]) wendet das Offenheitsprinzip und § 164 Abs. 2 nur teilweise an. Ihm gilt als Regel, daß sich die Willensübereinstimmung bei der Übereignung auch auf die Person des Erwerbers erstrecken müsse. Es sei jedoch im Einzelfall stets zu prüfen, ob der Übertragungswille des Tradenten überhaupt auf eine bestimmte Person gerichtet war oder nicht. Wolle der Tradent einer bestimmten Person übereignen, so sei beim Erwerb durch Stellvertreter das Prinzip der direkten Stellvertretung nach § 164 BGB. maßgebend. Wenn aber der Übertragungswille des Tradenten überhaupt nicht auf eine bestimmte Person gerichtet sei, wenn ihm vielmehr die Person des Habensollenden völlig gleichgültig sei, so bedürfe es keiner Willenseinigung über die Person des Erwerbers; vielmehr beschränke sich hier die Tätigkeit des Tradenten auf ein Aufgeben des Eigenbesitzes. In solchen Fällen könne dann auch ein sog. Stellvertreter im Besitzerwerb direkt für den Vertretenen Eigentum erwerben durch den bloßen inneren Willen, ohne daß es einer Bezugnahme auf den Vertretenen dem Tradenten gegenüber bedürfe[54]).

Gegen diese Theorie gilt zunächst alles, was gegen Neumann und Kuhlenbeck geltend gemacht ist. Dann ist gegen Staudinger noch ein weiteres Bedenken zu erheben. Staudinger—Kober löst, wie Manigk[55]) und Jeroschewitz[56]) zutreffend hervorheben, die Tradition in Dereliktion und Occupation auf, wenn er ausführt, die Tätigkeit des Tradenten beschränke sich auf ein Aufgeben des Eigenbesitzes. Darin liegt jedoch eine Verkennung des Wesens der Tradition und Dereliktion. Eine Dereliktion liegt dann vor, wenn der Eigentümer den Besitz der Sache aufgibt in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, also nur dann, wenn er den Besitz aufgibt ohne Rücksicht auf eine spätere Occupation (§ 959 BGB.). Gibt jedoch der Eigentümer sein Eigentum nur auf, um es einem Andern zuzuwenden, so tradiert er; so auch Manigk[57]). So ist es jedoch in dem zur Erörterung stehenden Falle. Der Veräußerer gibt sein Eigentum nur auf, um es dem Erwerber zu übertragen,

[52]) Manigk, Will. Erkl. u. Will. Geschäft, S. 154, 156; Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 72.
[53]) Staudinger-Kober § 929, Anm. IV, 2b, S. 446.
[54]) Staudinger-Kober, § 929, Anm. IV, 2b S. 447.
[55]) Manigk, Will.Erkl. u. Will.Gesch., S. 595.
[56]) Jeroschewitz, Diss. S. 47 — vgl. auch Cohn, Das rechtsgesch. Handeln S. 150, Anm. 2.
[57]) Manigk, Will.Erkl. u. Will.Gesch. S. 595, 596.

wenn ihm auch dessen Person vielleicht gleichgültig ist. Daß Staudingers Konstruktion unrichtig ist, ergibt sich auch wenn man diese Konstruktion mit dem Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten in Beziehung setzt. Da nach Staudingers Theorie das Eigentum nicht nach § 929, 932 übergehen würde, sondern durch Aneignung nach § 958 ff, so würde der occupierende Erwerber entgegen dem § 935 BGB. Eigentum an gestohlenen und verlorenen Sachen erwerben können, und zwar sogar dann, wenn er nicht einmal gutgläubig wäre. Damit würde § 935 BGB. völlig umgangen. Gerade diese Folgerung zeigt, daß diese Theorie Staudingers nicht zutreffend sein kann.

Rümelin[58]) versucht mit seiner Theorie vom „Geschäft wen es angeht" der bestehenden Schwierigkeiten Herr zu werden. Er geht wie auch die bisher in diesem Paragraphen erwähnten Schriftsteller davon aus, daß in der Regel die Person des Empfängers dem Veräußerer völlig gleichgültig ist. In Fällen dieser Art gebe der Übertragende seine Übertragungserklärung unbestimmt ab und gestatte dem Vertragsgegner die Erwerbserklärung ebenso unbestimmt anzunehmen; der Vertreter brauche also bei der Annahme nicht zu erklären, ob er die Einigung für sich selbst oder einen von ihm Vertretenen annehme. Rümelin stellt dann für die sachenrechtlichen Geschäfte den allgemeinen Satz auf: Bei der Tradition sei die Willenserklärung des Tradenten im Zweifel in dem Sinne auszulegen: Du kannst für dich oder für einen Anderen erwerben[59]). Es sei aber möglich, daß im Einzelfall diese Vermutung durchbrochen werde, daß die Tradentenerklärung ausdrücklich oder stillschweigend auf den Vertretenen oder, was jedoch seltener sei, auf die Mittelsperson abgestellt werde. Falls der Tradent eine determinierte Erklärung abgebe, sei diese natürlich zu beachten, und es müsse in diesem Falle auch § 164, Abs. 2 zur Anwendung kommen[60]). Das ändere aber nichts an der Regel, daß abgesehen von solchen besonderen Erklärungen als Inhalt der Traditionserklärung anzusehen sei: ich übergebe dir für dich oder einen Andern, den es angeht. Dementsprechend sei auch der Inhalt der Empfangserklärung gestaltet. Der Mittler könne also für den, den es angehe, handeln (Geschäft wen es angeht).

Mit diesem Hinweis auf ein mögliches Handeln im fremden Namen ist nach Rümelin dem Erfordernis des § 164 BGB. genügt. Von dem Vertreter sei erklärt, daß möglicherweise in fremdem Namen gehandelt werde und damit sei das Offenheitsprinzip gewahrt. Daß das Handeln in fremdem Namen

[58]) Rümelin, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 93, S. 131 ff.
[59]) Rümelin, Arch. f. z. Pr. Bd. 93, S. 229.
[60]) Rümelin, Arch. f. z. Pr. Bd. 93, S. 231.

mit voller Bestimmtheit erklärt sein müsse, auch wenn der Gegner eine Ungewißheit in bestimmter Richtung mit in Kauf nehme, sei nirgends gesagt[61]). Der indirekte Vertreter hat also nach Rümelins Meinung in diesen Fällen erkennbar in fremdem Namen gehandelt und damit scheidet § 164 Abs. 2 ohne weiteres aus.

Damit hat man dann den seltsamen Fall, daß trotz Handelns im fremden Namen nicht zu erkennen ist, wer nun tatsächlich Eigentum erworben hat. Rümelin gibt zwei Wege an, auf welchen die Zugehörigkeit des Erwerbsgeschäftes ermittelt werden könne. Einmal bestehe die Möglichkeit in dem objektiven Sinn der Vertreterhandlung dem Vertretenen gegenüber das ausschlaggebende Kriterium zu finden[62]). Bei der Auslegung des Sinnes dieser Vertreterhandlung sei zurückzugehen auf das Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und Mittler. Und zwar soll die gesamte beiderseitige Interessenlage entscheiden, es sollen sämtliche Umstände des Einzelfalles und insbesondere etwaige Verabredungen zwischen beiden berücksichtigt werden. Es sei aber auch eine andere Regelung denkbar. Derjenige, den es angehe, könne auch rein objektiv lediglich nach dem zwischen Geschäftsmittler und Geschäftsherrn in Wirklichkeit zugrundeliegenden Verhältnis bestimmt werden. Nur darauf komme es an, wie der Geschäftsmittler dem Geschäftsherrn gegenüber zu handeln verpflichtet war. Während also im ersten Fall kurz gesagt maßgebend sein soll, was der Mittler tatsächlich getan hat, soll nach der zweiten Konstruktion ausschlaggebend sein, was der Mittler dem Geschäftsherrn gegenüber nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis tun durfte.

Rümelin hält beide Wege für möglich und will schließlich die Entscheidung fällen, „nach der Praktikabilität der Resultate, zu denen man bei der einen oder anderen Anschauungsweise gelangt[63])". Das praktische Resultat glaubt Rümelin dann schließlich mit der zweiten Konstruktion erreichen zu können, und er bestimmt dementsprechend den Erwerbsberechtigten lediglich auf Grund des wahren zwischen Vertreter und Vertretenem bestehenden Rechtsverhältnisses.

Auch die Meinung Rümelins kann nicht befriedigen. Zunächst trifft die von Rümelin aufgestellte Behauptung, der Tradent habe in der Regel kein Interesse an der Person des Erwerbers schon rein tatsächlich nicht zu. Z. B. hat in den Fällen, in denen die Übergabe schenkungshalber erfolgt, der Übergebende an der Person des Empfängers, des zu Beschenkenden, großes

[61]) Rümelin, Arch. f. z. Pr., Bd. 93, S. 224.
[62]) Rümelin, Arch. f. z. Pr., Bd. 93, S. 238 ff.
[63]) Rümelin, Arch. f. z. Pr., Bd. 93, S. 241.

Interesse. Er will nur diesem, nicht etwa einem ihm völlig Unbekannten, von jenem Vertretenen schenken. Ebenso ist dem Tradenten bei der Übergabe zwecks Kreditgewährung die Person des Empfängers keineswegs gleichgültig; sondern gerade die Person des Schuldners spielt für den Kreditgeber und Tradenten eine ausschlaggebende Rolle. Und auch bei der Übereignung zwecks Schuldtilgung hat der Übergebende vielfach an der Person des Erwerbers großes Interesse, so vor allem in den Fällen, in denen nur eine Übertragung des Eigentums an den Gläubiger im Kausalverhältnis den Tradenten von seinen Verpflichtungen aus dem Kausalverhältnis befreit[64]). Gerade auch im Gebiete des Viehkaufs hat der Veräußerer vielfach ein großes Interesse daran zu wissen, wer Eigentümer der verkauften Tiere wird. Der Förster, der seinen treuen Jagdhund verkauft, will das von ihm verkaufte Tier nur in der Hand des ihm gegenüberstehenden Käufers wissen, den er vielleicht als Tierfreund kennt. Die von Rümelin aufgestellte Regel oder Vermutung trifft daher nicht zu. Man könnte vielleicht mit größerem Recht den Satz aufstellen: der Schuldner, der zur Erfüllung seiner Verpflichtung Eigentum überträgt, will nicht an den unbestimmten, den es angeht, übertragen, sondern nur an den Gläubiger im Kausalverhältnis. Er will also einer bestimmten Person übertragen. Damit erweist sich schon eine Grundvoraussetzung in Rümelins Lehre als unhaltbar.

Aber auch wenn im Einzelfall der Tradent an der Person des Erwerbers kein Interesse hat, wenn er wirklich seine Traditionserklärung an den unbestimmten, den es angeht, richtet, und der Mittler diese Erklärung ebenso unbestimmt annimmt, so kann mit diesem unbestimmten Hinweis auf eine mögliche Vertretung unmöglich das Offenheitsprinzip des § 164 BGB gewahrt sein. Das Offenheitsprinzip des § 164 ist nur dann gewahrt, wenn der Tradent erkennen kann, ob der mit ihm Verhandelnde als Selbstpartei auftritt oder ob er als Vertreter eines bestimmten Andern handelt. Beim Geschäft wen es angeht im Sinne Rümelins erlangt jedoch der Veräußerer keine Klarheit darüber, wer nun tatsächlich Eigentümer wird. Nur das bestimmte Handeln im fremden Namen erfüllt den Zweck des Offenheitsprinzips, für den Gegner erkennbar werden zu lassen, mit wem er es zu tun hat. Das ergibt sich aus dem Wortlaut und Sinn des § 164. Dieser läßt die unmittelbaren Wirkungen der Stellvertretung nur dann eintreten, wenn erkennbar im fremdem Namen gehandelt ist. Die unmittelbare Wirkung kann jedoch nicht eintreten, solange diese Frage noch nicht geklärt ist und beide Möglichkeiten noch nebeneinander bestehen. Deshalb kann bei einem Hinweis auf ein nur mögliches

[64]) So auch Oertmann, § 164 Anm. 1e, S. 607.

Handeln in fremdem Namen das Offenheitsprinzip nicht gewahrt sein.

Endlich spricht gegen Rümelin die Tatsache, daß er positive Rechtswirkungen in der Person des Vertretenen eintreten läßt, ohne daß ein entsprechender Wille, der Vertreterwille, erklärt wäre. Er verstößt damit gegen die Grundregeln der Erklärungstheorie, nach der die Rechtswirkungen sich in erster Linie nach den Erklärungen der Parteien richten. Der Tradent braucht es sich nicht gefallen zu lassen, wenn er an den verdeckten Stellvertreter übergibt, daß gegenüber dieser unzweideutigen Erklärung auf seinen vermeintlichen oder wirklichen wahren Willen oder gar auf sein wirtschaftliches Interesse zurückgegangen wird[65]).

Außerdem führt Rümelins Theorie eine unerträgliche Beschränkung des Vertreters in seiner Handlungsfreiheit herbei. Wie bereits oben erwähnt entscheidet über die Zugehörigkeit des Erwerbsgeschäftes lediglich das wahre zwischen Vertreter und Vertretenen bestehende Rechtsverhältnis. Ein Beauftragter muß daher unbedingt für seinen Auftraggeber erwerben. Erwirbt ein Beauftragter eine Sache, die er für einen anderen erwerben sollte, so begeht er Unterschlagung, wenn er die Sache etwa für sich behält. Das ist ein unmöglicher Zustand, der vom Gesetzgeber gewiß nicht gewollt ist. Ein Beauftragter muß im Einzelfall trotz seines Auftrags auch für sich erwerben können[66]).

Diese Theorie wird auch vom RG. vielfach vertreten. Ihr haben sich ferner mit kleinen Abwandlungen angeschlossen Oertmann[67]), Langen[67]) und RG.-Komm.[67]). Gegen diese gilt dasselbe, was gegen Rümelin geltend gemacht ist.

Erwähnt sei nur noch Cohn[68]), der die Lehre vom Handeln für den, den es angeht, weiter ausgebildet hat. Cohn unterscheidet jedoch die Fälle der indirekten Stellvertretung von denen des Handelns für den, den es angeht[69]). Während er in den Fällen der indirekten Stellvertretung den § 164 und insbesondere Abs. 2 konsequent anwenden will[70]) und deshalb der Gruppe der Schriftsteller nahesteht, die im folgenden Paragraphen zu besprechen sind, will er für die Fälle des Handelns für den, den es angeht, eine Sonderregelung gelten lassen. Cohn zählt nur die Fälle hierher, in denen bewußt von beiden Seiten die eine Partei unbestimmt gelassen wird, sei es nun, daß die eine Partei noch ganz

---

[65]) Cohn, Das rechtsgeschftl. Handeln, S. 153.
[66]) vgl. auch Jeroschewitz, Diss. S. 50.
[67]) Oertmann § 164, S. 607 — Langen, Eig. Erw. u. Verl. S. 99 ff, insbes. S. 102, 103 — RGKomm. § 929 Anm. 3, S. 254, 255.
[68]) Cohn, Das rechtsgeschäftl. Handeln, insbesondere S. 146 ff.
[69]) Cohn, Das rechtsgesch. Handeln S. 9 u. 31.
[70]) Cohn, Das rechtsgesch. Hand., S. 152, 153.

unbestimmt ist, also auch dem Vertreter noch unbekannt ist, oder daß sie dem Vertreter zwar bekannt, dem Veräußerer jedoch noch unbekannt ist und bis zur Benennung durch den Vertreter auch unbekannt bleibt. Ein Handeln für den, den es angeht, liegt nach Cohn nur vor, wenn die Handelnden erkennbar für den, den es angeht, gehandelt haben, nicht jedoch wenn nur die eine Partei aus Irrtum oder Fahrlässigkeit verschwiegen hat, daß sie als Vertreter für einen Dritten handelte[71]). Mit dieser Unterscheidung fällt schon ein sehr großer Teil der bisher streitigen Fälle aus dem „Geschäft für den es angeht" heraus.

Nach Cohn stellt der Tradent dem Vertreter zwei alternative Offerten, die eine an den Handelnden als Selbstpartei, die andere an ihn als Vertreter. Mit der Annahme entscheide der Mittler noch nicht über die Person des Erwerbers. Die Bestimmung des Erwerbers erfolge vielmehr meist erst später und zwar in der Regel durch den Vertreter. Dieser Bestimmung müsse der Geschäftsherr oder Vertretene beitreten, damit das Geschäft wirksam werde. Bis diese Bestimmung durch den Vertreter erfolge, bestehe ein Schwebezustand; das Eigentum bleibe solange noch beim Veräußerer[72]).

Bei der Beantwortung der Frage, wann im Einzelfall eine Übereignung an den noch unbestimmten Erwerber vorliegt, verläßt Cohn die von ihm entwickelte Theorie wieder vollkommen, wonach nur bei erkennbarem Handeln für den, den es angeht, ein Geschäft für den es angeht vorliegt und stellt nunmehr wieder alles darauf ab, ob dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist oder nicht[73]). Darin liegt eine erhebliche Unklarheit, die sicher nicht für die Richtigkeit von Cohns Theorie spricht. Cohn kommt damit schließlich wieder ganz auf Rümelins Theorie hinaus und verfällt schließlich auch auf dieselben Fehler. Im übrigen muß es aber auch zum mindesten sehr zweifelhaft erscheinen, ob man dann überhaupt noch von einer Vertretung sprechen kann, wenn die Person des Vertretenen noch völlig unbestimmt ist, ja noch vielmehr, wenn überhaupt noch dahinsteht, ob es sich um ein Eigen- oder Fremdgeschäft handeln soll. Dem dürfte § 164 entgegenstehen.

Aber auch wenn man die Vertretung einer noch völlig unbestimmten Person für zulässig hält, so dürften doch der weiteren Konstruktion die größten Bedenken entgegenstehen. Nach Cohn erfolgt die Bestimmung des Erwerbers in der Regel durch eine Erklärung des Vertreters, die aber nicht ausdrücklich, sondern auch durch schlüssige Handlungen und sogar durch ein schlüssiges

[71]) Cohn, Das rechtsgesch. Hand. S. 6, 8, 43.
[72]) Cohn, Das rechtsgesch. Hand. S. 159.
[73]) Cohn, Das rechtsgesch. Hand. S. 163, 164.

Schweigen erfolgen könne[74]). Die Bekanntgabe der getroffenen Bestimmung an den Vertragsgegner könne unter Umständen sogar ganz unterbleiben. Da auch der Beitritt des Geschäftsherrn dem Vertragsgegner gegenüber nicht erklärt zu werden braucht, sondern auch eine Erklärung dem Mittler gegenüber ausreicht[75]), so ergibt sich daraus, daß für eine Täuschung der Gläubiger Tür und Tor geöffnet ist, wenn der Eigentumsübergang nach außen gar nicht mehr in die Erscheinung zu treten braucht, sondern ganz insgeheim erfolgen kann. Damit dürfte das Publicitätsprinzip des § 929 BGB. und das Offenheitsprinzip des § 164 BGB. verletzt sein. Schließlich dürfte es aber auch dem Wesen der Tradition nicht entsprechen, wenn trotz des Übergabewillens des Tradenten das Eigentum noch beim Tradenten verbleiben sollte und ohne jede sichtbare Änderung dann überschnellen sollte, wenn der Vertreter die Bestimmung vornimmt und der Geschäftsherr beitritt.

Aus all diesen Gründen kann auch Cohns Theorie nicht befriedigen.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, daß all die Theorien, die das Offenheitsprinzip nur dann anwenden, wenn der Veräußerer das Eigentum auf eine bestimmte Person übertragen will, es jedoch ablehnen, wenn dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig ist, ihre erheblichen Mängel haben. Eine in jedem Falle gerechte Regelung gewährleisten sie nicht.

§ 14.

Nunmehr kommen wir zu der Gruppe von Theorien, die das Offenheitsprinzip und den § 164 Abs. 2 immer auf die dingliche Einigung anwenden und deshalb nur bei offener Stellvertretung direkten Eigentumserwerb des Vertretenen eintreten lassen. Nur diese Theorie wird dem Gesetzesinhalt allein völlig gerecht. Wie oben bereits ausgeführt ist die dingliche Einigung ein Vertrag. Es ist nicht recht einzusehen, warum auf diesen Vertrag die für alle Verträge und Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften des allgemeinen Teils nicht anwendbar sein sollten. Es widerspricht der Stellung des § 164 und seiner Aufnahme in den allgemeinen Teil des BGB., wenn man diese Bestimmung einschränkend auslegen oder gar nicht anwenden wollte. Diese Nichtbeachtung des § 164 bei der Eigentumsübertragung ließe sich nur rechtfertigen, wenn eine entsprechende ausdrückliche gesetzliche Bestimmung vorhanden wäre, oder wenn sich etwa aus dem Zweck dieser Bestimmung ihre Nichtanwendung gerade auf die dingliche Übereignung ergeben würde. Eine solche gesetzliche Bestimmung, die

[74]) Cohn, Das rechtsgesch. Hand., S. 70, 71, 72.
[75]) Cohn, Das rechtsgesch. Hand., S. 84.

die Nichtanwendung des § 164 und damit des Offenheitsprinzips auf die Einigung vorschriebe, ist jedoch nicht vorhanden. Ebensowenig kann anerkannt werden, daß § 164 etwa seinem Zweck nach auf die dingliche Einigung nicht paßte. Es braucht nur auf die Ausführungen der beiden vorigen Paragraphen verwiesen zu werden und auf die Auseinandersetzung mit all den Theorien, die alle mehr oder weniger aus Zweckmäßigkeitsgründen die Anwendung des Offenheitsprinzips auf diese Fälle ablehnen zu müssen glauben. Alle jene Theorien zeigen, wie oben dargetan, mehr oder weniger große Mängel und führen große Unbilligkeiten herbei, wenn man sie auf Fälle anwendet, für die sie nicht gerade konstruiert sind. Die einen lassen die Interessen des Veräußerers völlig außer Acht, die anderen übersehen vollkommen, daß auch der Vertreter vielfach großes Interesse daran hat, zunächst selbst Eigentümer zu werden, so z. B., wenn er noch keine Deckung vom Erwerber empfangen hat. Während die einen den Vertreter zum willenlosen Objekt in der Hand des Vertretenen machen, der für den Vertretenen erwerben muß, ganz gleich, ob er das will oder nicht[76]), wollen andere nur die Interessen des Vertreters für die Frage des Eigentumserwerbs entscheidend sein lassen. Die eine Theorie ist jedoch so einseitig wie die andere.

Die Frage, was denn bei der Tradition entscheidend sein soll, muß meines Erachtens dahin beantwortet werden: in erster Linie entscheiden die vertraglichen Abmachungen der an der Übereignung Beteiligten. Am besten werden die Interessen der Parteien gewahrt, wenn man ihnen die Regelung selbst überläßt. Jeder kann da seines eigenen Glückes Schmied sein[77]). Erklären bei der Übereignung der Veräußerer sowohl als der Mittler übereinstimmend, daß das Eigentum auf den Vertretenen übergehen soll, so ist diese Vereinbarung natürlich maßgebend. Dasselbe gilt aber auch, wenn etwa der Veräußerer erklärt, nur an den Mittler übertragen zu wollen, und der Mittler daraufhin die Sache stillschweigend annimmt. Ein etwaiger innerer Vorbehalt des Mittlers, die Sache trotzdem für den Vertretenen zu erwerben, wäre gemäß § 116 Satz 1 BGB. unbeachtlich.

Vielfach werden jedoch bei der Übereignung über die Person des Erwerbers keine rechtserheblichen Erklärungen abgegeben, dies besonders dann nicht, wenn die Person des Erwerbers dem Veräußerer gleichgültig ist. In diesen Fällen muß man den Sinn des Traditionsvertrages aus anderen Umständen zu ermitteln suchen. Als sicherstes Mittel für die Erforschung des Sinnes des Traditionsvertrages ist das der Tradition zugrundeliegende Kausal-

[76]) Beseler, DJZ. 1912, Spalte 897, spricht nicht mit Unrecht von einer „Zwangsvertretung".

[77]) Leonhard, VbF., S. 16.

verhältnis anzusehen. Die Übertragung seitens des Veräußerers erfolgt stets, um damit einen bestimmten Zweck zu erreichen. Der Veräußerer überträgt etwa, um zu schenken oder um eine Schuld zu tilgen oder um eine neue Verpflichtung einzugehen. Dieser Grund der Übertragung wird bei der Übertragung in der Regel erwähnt. Deshalb bildet das Kausalverhältnis ein fast nie versagendes Mittel für die Auslegung des Vertragssinnes. Der Zweck, den der Veräußerer mit dem Vertrage erreichen will, bildet die Grundlage des ganzen Traditionsvertrages. Dieser Vertrag muß daher so ausgelegt werden, daß dieser Zweck auch erreicht wird. Seinen Zweck erreicht der Veräußerer aber in der Regel nur, wenn er das Eigentum an den Gläubiger im Kausalverhältnis überträgt. § 362 BGB. Damit ergibt sich die Auslegungsregel, daß die Übertragung im Zweifel an den Gläubiger im Kausalverhältnis erfolgt. Dieses Ergebnis ist äußerst billig. Wird doch dadurch erreicht, daß derjenige, der aus dem Kausalgeschäft obligatorisch gebunden ist, auch Eigentümer wird, falls nicht bei der Übereignung etwas Anderes vereinbart ist. Diese Theorie verhütet also für den Regelfall ein Auseinandergehen des obligatorischen Kausalgeschäfts und der dinglichen Einigung. Sie verhütet damit im Gegensatz zu den meisten anderen Theorien schwere Schäden, die für den Vertreter entstehen können, wenn das Eigentum direkt auf den Vertretenen übergeht. Wie wohl alle Theorien annehmen, haftet der Vertreter, wenn er seine Vertretereigenschaft nicht offenbart hat, dem Veräußerer gegenüber auf Grund des obligatorischen Vertrages auf den Kaufpreis. Das Eigentum an der erworbenen Sache gelangt jedoch nach den in den vorigen Paragraphen entwickelten Theorien der Gegner nicht an den Mittler, sondern direkt an den Vertretenen. Gerät nun der Erwerber in Konkurs, so fällt die Sache, da sie ja Eigentum des Erwerbers (Vertretenen) ist, in die Konkursmasse, ohne daß der Vertreter ein Aussonderungsrecht hätte. § 43 KO. Während der indirekte Vertreter also einerseits dem Veräußerer gegenüber auf den ganzen Kaufpreis haftet, kann er andererseits seine Ersatzforderung gegen den Vertretenen in dessen Konkurs nur als Konkursforderung anmelden und fällt evtl. ganz aus. Ein derartig unbilliges Ergebnis kann bei der hier vertretenen Theorie unmöglich eintreten, da derjenige, der für den Kaufpreis haftet, auch das Eigentum erlangt und somit sich wenigstens schadlos halten kann.

Die Frage, wer aber Gläubiger im Kausalverhältnis ist, regelt sich danach, ob der Vertreter bei Abschluß des obligatorischen Vertrages als direkter Vertreter gehandelt hat, oder ob er seine Vertretereigenschaft nicht bekannt gegeben hat. Es gilt eben hier das Offenheitsprinzip des § 164. Hat der Mittler bei Vertragsabschluß offen im Namen des Vertretenen gehandelt, so wird der

Vertretene Vertragspartei; er allein ist aus dem Vertrage berechtigt und verpflichtet. Er erwirbt das Eigentum unmittelbar und zwar auch dann, wenn der Vertreter bei Abschluß der dinglichen Einigung nicht ausdrücklich im Namen des Vertretenen gehandelt hat. Er erwirbt in diesem Falle das Eigentum mangels einer besonderen Abrede bei der Übereignung, weil er Gläubiger des Kausalverhältnisses ist. Und zwar geht das Eigentum direkt auf den Vertretenen über, sobald der Vertreter den Besitz vom Veräußerer erlangt. Daß zur Übergabe im Sinne des § 929 Satz 1 BGB auch die Erlangung des mittelbaren Besitzes genügt, ist bereits oben[78]) näher ausgeführt.

Hat der Vertreter aber wohl die Absicht und den Willen, für den Vertretenen zu kaufen und zu erwerben, bringt er dies aber weder beim Abschluß des Kaufvertrages noch bei der Übereignung zum Ausdruck, so kann mangels Offenkundigkeit der Vertretung der Vertretene nicht Partei werden. Es greift vielmehr § 164 Abs. 2 BGB. ein. Der Mittler wird selbst Partei des obligatorischen Vertrages und daher selbst berechtigt und verpflichtet. Nach der oben aufgestellten Auslegungsregel zieht aber die Erwerbsberechtigung im Zweifel das Eigentum nach sich. Der Mittler, der die Sache kauft und erwirbt, ohne die Vertretungsabsicht kundzugeben, wird damit selbst Eigentümer der gekauften Sache. Soll das Eigentum entsprechend dem Auftrag auf den Vertretenen übergehen, so bedarf es eines weiteren Übertragungsaktes vom Vertreter auf den Vertretenen. Darüber wird in den beiden folgenden Paragraphen dieser Abhandlung Näheres ausgeführt.

Damit komme ich zu dem Ergebnis, daß für den Eigentumserwerb in erster Linie die vertraglichen Abmachungen des Veräußerers und des Mittlers entscheiden und daß im Zweifel die Übertragung an den Gläubiger im Kausalverhältnis erfolgt.

Zu demselben Ergebnis gelangt im wesentlichen auch Franz Leonhard[79]), wenn er auch in der Frage, wie die Eigentums- und Besitzübertragung erfolgt, und insbesondere ob zur Übergabe die Erlangung des mittelbaren Besitzes genügt, abweichender Meinung ist. Insbesondere hat Leonhard wohl als Erster nach Einführung des BGB. die besondere Bedeutung des § 164 und des damit zum Ausdruck gebrachten „Offenheitsprinzips“[80]) für die Frage des Eigentumserwerbs durch Stellvertreter in den Vordergrund gerückt. Ganz im Sinne Leonhards äußern sich

[78]) vgl. § 7 der Abhandlung. Anderer Ansicht: Leonhard, VbF., S. 57 ff.

[79]) Leonhard, VbF. S. 31—36, 97 ff.

[80]) Der Ausdruck stammt von Fr. Leonhard und wird jetzt allgemein angewandt.

zu der sehr umstrittenen Frage auch M. Wolff[81]) und Enneccerus[82]). Wolff[81]) führt aus, die in dem Übereignungsvertrage enthaltenen Willenserklärungen würden nach den im allgemeinen Teil dafür aufgestellten Grundsätzen behandelt. Insbesondere müßten für die Stellvertretung beim Übereignungsgeschäft die § 164 ff Anwendung finden. Vor allem gelte für die Übereignung auch der § 164 Abs. 2: Wer im fremden Namen erwerben wolle, aber im eigenen Namen auftrete, würde selbst Eigentümer. Man dürfe nicht annehmen, daß, weil es dem Tradenten oft gleich sei, wer das Eigentum erwerbe, die Traditionsofferte ad incertam personam (an wen es angeht) gerichtet werde.

Enneccerus[83]) will das Offenheitsprinzip des § 164 BGB. durchaus auf die Eigentumsübertragung anwenden und betont die besondere Bedeutung des Kausalverhältnisses für die Frage des Eigentumserwerbs. Er will bei Erfüllungshandlungen z. B. bei der Übergabe der gekauften Sache eine stillschweigende Erklärung des Vertreterwillens annehmen, wenn das zugrunde liegende Verhältnis (Kauf) mit dem Vertretenen oder für diesen geschlossen war, nicht dagegen, wenn dieses Grundverhältnis in der Person des Vertreters bestand[83]).

Auch Manigk[84]) ist ein Anhänger des sog. „Offenheitsprinzips", auch er will den § 164 Abs. 2 auf die Übereignung konsequent anwenden und nur bei offenem Handeln im Namen des Vertretenen Eigentumserwerb in der Person des Vertretenen eintreten lassen. Auch er stützt sich darauf, daß die Tradition des Eigentums ein Vertrag ist und daß deshalb die für Willenserklärungen gegebenen Vorschriften des allgemeinen Teils darauf anzuwenden seien[85]). Insbesondere wendet sich Manigk gegen die von Hupka[86]) betonte Bedeutung des Rechtsverhältnisses zwischen Vertreter und Erwerber. Diesem Rechtsverhältnis kann im Gegensatz zu dem Rechtsverhältnis zwischen Veräußerer und Vertreter keine ausschlaggebende Bedeutung beigelegt werden. Der Erwerber erwirbt nicht das Eigentum, weil er den Handelnden beauftragt hat, für ihn eine bestimmte Sache zu erwerben und nicht schon dann, wenn der Handelnde eine mit der vom Auftraggeber gewünschten kongruente Sache erwirbt, sondern nur, wenn der Handelnde dem Veräußerer gegenüber erkennbar zum

---

[81]) Wolff, Sachenr. § 66, I, 1, S. 200.
[82]) Enneccerus, § 166, Anm. 8, S. 452 u. § 167.
[83]) Enneccerus, Allg. Teil, § 167 II, S. 455. § 166, I, 1b, S. 452.
[84]) Manigk, Will.Erkl. u. Will. Gesch., S. 465 ff. und Rechtsgeschäfte, Seite 367 ff.
[85]) Manigk, Rechtsgeschäfte, S. 367.
[86]) Hupka, Vollmacht, S. 72, 73.

Ausdruck bringt, daß er die Sache für den Dritten erwirbt, also nur, wenn er in dessen Namen handelt. Das Auftragsverhältnis zwischen Vertreter und dem Dritten kann für die Richtung des Eigentumserwerbs nicht ausschlaggebend sein, weil sonst, wie bereits oben ausgeführt, der Handelnde zum willenslosen Objekt in der Hand des Dritten gestempelt würde. Auch ohne Auftrag erwirbt der Vertreter für den Herrn Eigentum, wenn er nur Erwerbsvollmacht hatte und dem Gegner gegenüber im Namen des Dritten gehandelt hat[87]).

Für das Offenheitsprinzip hat sich u. a. vor allem auch ausgesprochen K. Lehmann[88]) und von Tuhr[89]). Während der erstere vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit in den Eigentumsverhältnissen sich für die strikte Anwendung des § 164 auf die Einigung einsetzt, ist es bei v. Tuhr die Vertragsnatur der Einigung, mit der er die Anwendung dieses Prinzips auf die Tradition verteidigt.

Als Anhänger des Offenheitsprinzips sei schließlich auch noch Planck[90]) genannt und die Bearbeiter der neuen Auflage des Kommentars, so Flad[90]) und Brodmann[90]). Nach allen drei Schriftstellern müssen auf die dingliche Einigung die § 164 ff Anwendung finden und zwar sowohl Abs. 1 als auch 2 und 3. Ist der Wille im Namen des Vertretenen das Eigentum zu erwerben nicht erkennbar hervorgetreten, so erwirbt nach § 164 Abs. 2 derjenige das Eigentum, der die Übertragung des Eigentums entgegengenommen hat. Dabei ist zu bemerken, daß nicht immer ausdrücklich im Namen des Vertretenen gehandelt werden muß, sondern es genügt, wenn diese Absicht aus den Umständen des Falles erhellt. § 164 Abs. 1, Satz 2 BGB.

Alle die in diesem Paragraphen genannten Schriftsteller stimmen mit uns darin überein, daß sie sämtlich das im § 164 zum Ausdruck gebrachte Offenheitsprinzip auf die Eigentumsübertragung anwenden und demgemäß nur bei erkennbarem Handeln in fremdem Namen direkten Eigentumserwerb des Vertretenen zulassen. Dieses Ergebnis entspricht allein der Regelung im Gesetz insbesondere dem Wortlaut des § 164. Unsere Theorie sieht sich nicht genötigt, die für alle Fälle gegebenen gesetzlichen Bestimmungen des allgemeinen Teils beiseite zu lassen. Für diese Theorie spricht vor allem die Einfachheit, mit der die umstrittenen

[87]) vgl. Manigk, Rechtsgeschäfte, S. 368, 311, 313, 315. vgl. auch Leonhard, VbF., S. 99.

[88]) K. Lehmann, In Goldschmidts Zeitsch. f. H. R. Bd. 51, S. 268.

[89]) v. Tuhr, Allg. Teil d. Bürg. Rechts, § 84, III S. 348.

[90]) Planck, Allgem. Teil, 3. Aufl. 1903, § 164, Anm. 2, S. 286. — Planck-Flad, 4. Aufl. 1913 § 164, Anm. 5, S. 434 — Planck-Brodmann ‚SachR. 4. Aufl. 1920 § 929 Anm. 5, 6 S. 365, 366.

Eigentumsverhältnisse geklärt werden. Nicht ein irgendwie gearteter Wille der einen oder anderen Partei, nicht etwa das Interesse des einen oder anderen Beteiligten am Eigentumserwerb — alles unsichere und nach außen nicht hervortretende Kriterien — sollen darüber entscheiden, ob der Vertreter oder der Geschäftsherr Eigentum erlangt, sondern die dem Veräußerer gegenüber abgegebene Erklärung des Mittlers. Diese kann man leicht feststellen, und damit erreicht man eine klare scharfe Scheidung. Hat der Mittler beim Abschluß des Traditionsvertrages erkennbar im Namen des Vertretenen gehandelt, so erwirbt der Vertretene, hat der Vertreter seine Vertretungsabsicht nach außen nicht erkennbar hervortreten lassen, so erwirbt der Vertreter.

Wie jedoch oben zu Beginn dieses Paragraphen ausgeführt ist, muß in Fällen, in denen die Parteien bei Abschluß der dinglichen Einigung über die Person des Erwerbers keine rechtserheblichen Erklärungen abgeben, zur Auslegung des Sinnes des Traditionsvertrages auf das zugrunde liegende Kausalverhältnis zurückgegriffen werden. Die Bedeutung des Kausalverhältnisses für die Auslegung des Traditionsvertrages betonen auch Planck[91]) und Planck—Flad[92]), indem sie ausführen, ein wesentliches Indiz für die Annahme der Vertretungsabsicht ergebe sich aus der Causa, auf Grund deren die Eigentumsübertragung erfolge. Wenn ein Kauf von einem Vertreter im Namen eines Dritten abgeschlossen sei und ihm nun von dem Verkäufer das Eigentum übertragen werde, so sei die Übertragung, auch ohne daß das ausdrücklich gesagt werde, an ihn als Vertreter erfolgt anzusehen mit der Wirkung, daß der Vertretene das Eigentum erwerbe.

In gleicher Weise hebt auch v. Tuhr[93]) die Bedeutung der Causa hervor, indem er ausführt, es sei auch bei der Tradition an dem im § 164 aufgestellten Grundsatz festzuhalten, daß V. nur dann den A. vertrete, wenn er in dessen Namen handele. Ob V. das Erwerbsgeschäft im eigenen oder fremden Namen schließe, ergebe sich meist aus der Causa der Eigentumsübertragung.

Schließlich sei auch noch Cohn[94]) erwähnt, der ebenfalls den richtigen Gesichtspunkt hervorhebt, wenn auch seiner Theorie im Ganzen nicht zugestimmt werden kann. Cohn scheidet aus seiner Theorie die Fälle aus, in denen sich aus dem Vertrage ergibt, daß die Übereignung an eine bestimmte Person erfolgen solle. Es seien dies die Fälle, in denen der Kausalvertrag ergebe, für wen die übereignete Sache bestimmt sei. In diesen

---

91) Planck, Allg. T., 3. Aufl., § 164, Anm. 2, S. 286.
92) Planck-Flad, Allg. T., § 164, Anm. 5b, S. 435.
93) v. Tuhr, Allg. T. § 84, S. 349.
94) Cohn, Das rechtsgeschäftl. Handeln, S. 161.

Fällen könne keine Rede davon sein, daß die Bestimmung des Gegners dem anderen Teile überlassen bleiben solle: Der Erwerber sei durch den Kausalvertrag, der insoweit zur ergänzenden Auslegung des dinglichen Vertrages diene, völlig hinreichend bestimmt worden.

Wir finden somit unsere Theorie in ihren Grundzügen auch bei einer Anzahl von Schriftstellern vertreten, wenn sie auch von vielen abgelehnt wird.

Viele Schriftsteller vertreten die Ansicht, der Geschäftsherr sei nicht genügend gegen die Eingriffe von Gläubigern des Mittlers geschützt, wenn man zur Fremdwirkung des Vertrages und der Übertragung stets einen offenen Hinweis auf den Vertretenen verlange. Da der Mittler diesen Hinweis dem Veräußerer gegenüber oft unterlasse, so würde der Mittler Eigentümer werden und die Sache, die der Geschäftsherr haben solle, von den Gläubigern des Mittlers mit Erfolg gepfändet werden können. Von einer Vermögensschädigung des Geschäftsherrn kann hier jedoch keine Rede sein. Denn wenn der Mittler den Vertretungswillen nicht erkennbar in die Erscheinung treten läßt, so erlangt der Geschäftsherr zwar nicht das Eigentum, wird aber andererseits auch nicht aus dem obligatorischen Vertrage verpflichtet, sondern beide, die Verpflichtung sowohl wie die Berechtigung, treffen den Mittler. Dies ist auch die zweckmäßigste Lösung. Eine Schädigung des Geschäftsherrn kann nur dann eintreten, wenn er dem Mittler zugleich das Geld zur Bezahlung der einzukaufenden Sache mitgegeben hatte. Jedoch schädigt nicht das den Herrn, daß der Mittler im eigenen Namen gehandelt hat — dadurch erlangt der Herr vielmehr nur den Vorteil, daß er durch den Mittler nicht obligatorisch verpflichtet wird — sondern nur das schädigt ihn, daß der Mittler das ihm anvertraute Geld nicht richtig verwendet hat[95]). Diesen Schaden muß jedoch der Herr tragen, ebenso, wie wenn der Mittler das Geld verloren hätte: Er kann sich lediglich an seinen Vertreter halten.

Dieses rechtfertigt jedoch keineswegs die Forderung der Gegner, die Frage nach dem Eigentumserwerb allein von dem Willen oder Interesse des Mittlers abhängig zu machen oder sogar von der Frage der Deckung. Es kann nicht anerkannt werden, daß etwa die Deckungsfrage ein sicheres Kriterium für die Frage ob Eigen- oder Fremderwerb abgeben könnte. Damit würde in die dinglichen Rechtsverhältnisse eine große Unsicherheit hineingetragen. Es ist nicht einzusehen, wie es gehalten werden soll, wenn etwa die Forderung des Vertreters an den Vertretenen nur teilweise getilgt ist. Im übrigen kann aber auch zur Widerlegung

[95]) Leonhard, VbF., S. 103 ff.

auf die Ausführungen im § 10 der Abhandlung verwiesen werden, da auch im gemeinen Recht von verschiedenen Schriftstellern (Bremer, Ihering) die Deckungsfrage als ausschlaggebendes Kriterium angesehen wurde.

Andererseits zeigt sich gerade eine große Unbilligkeit, wenn man lediglich das zwischen Mittler und Herrn bestehende Rechtsverhältnis entscheiden lassen will. Nach jener Theorie werden die Interessen des Mittlers aufs Schwerste geschädigt. Man darf ihm die Möglichkeit nicht nehmen trotz eines entgegenstehenden Auftrags im eigenen Namen zu handeln und das Eigentum zunächst für sich zu erwerben. Der Mittler würde sonst, wenn er noch nicht gedeckt ist, mit seinen Gegenansprüchen vielfach schutzlos dastehen. Es wäre höchst unbillig, wenn etwa jede dem Auftrag zuwider erfolgende Verfügung den Mittler der strafrechtlichen Verfolgung wegen Untreue oder Unterschlagung aussetzen würde. Dem Mittler muß es stets freistehen, ohne sich strafbar zu machen, eine Sache, die er für seinen Freund erwerben sollte, für sich zu behalten. Besonders deutlich zeigt sich die Unhaltbarkeit der gegnerischen Theorie, wenn etwa der Mittler mehreren Personen gegenüber zum Erwerb derselben Sache verpflichtet wäre.

Nicht der Auftrag kann entscheiden, sondern das äußere Auftreten des Mittlers dem Veräußerer gegenüber. Demgemäß wird der Mittler zunächst Eigentümer, wenn er die Vertretungsabsicht nicht hat hervortreten lassen, und es bedarf zur endgültigen Entscheidung über den dinglichen Erwerb noch eines besonderen Merkmals, und das ist der Erwerb auf den Namen des Herrn[96]). Somit zeigt auch die Prüfung der praktischen Ergebnisse, daß nur die Theorie, die das Offenheitsprinzip verbunden mit der oben aufgestellten Auslegungsregel vertritt, in jedem Falle brauchbare Ergebnisse zeitigt.

§ 15.

Wir waren bisher zu dem Ergebnis gekommen, daß ein direkter Eigentumsübergang auf den Vertretenen nur dann möglich ist, wenn der Vertreter erkennbar im Namen des Vertretenen handelt. Hat jedoch der Vertreter weder beim Abschluß des Kausalgeschäfts noch bei der Übereignung das Vertretungsverhältnis aufgedeckt, hat er also als indirekter Vertreter gehandelt, so wird er selbst Eigentümer. Soll das Eigentum auf den Vertretenen übergehen, so ist stets noch ein weiteres Übereignungsgeschäft erforderlich. Für diese weitere Übertragung können die sämtlichen Vorschriften der §§ 929—931 BGB zur Anwendung kommen. Der indirekte Vertreter kann sich mit dem

[96]) vgl. auch Leonhard, VbF., S. 101 ff.

Geschäftsherrn über den Eigentumsübergang einigen und die erworbene Sache dem Vertretenen übergeben (§ 929). Er kann mit ihm ein sog. „Besitzkonstitut" vereinbaren und die Sache als Besitzmittler für den Vertretenen weiter behalten (§ 930). Endlich kann er die Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruches gegen den dritten Besitzer erwerben und dann diesen Herausgabeanspruch an den Geschäftsherrn abtreten (§ 931). Bei allen diesen Übertragungsakten ist es jedoch erforderlich, daß der indirekte Vertreter und Vertretene stets eine neue Abrede treffen. Sie müssen sich zunächst über den Eigentumsübergang einigen, und ferner müssen sie ein Besitzkonstitut vereinbaren, oder sich über die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Dritten einigen, die die Übergabe der Sache zu ersetzen vermögen. Es ist also bei all diesen Fällen ein Mitwirken des Herrn selbst erforderlich. Gerade hieraus können sich Schwierigkeiten ergeben, so besonders, wenn Vertreter und Geschäftsherr nicht an einem Ort wohnen, und es würde auf diese Weise in vielen Fällen ein Eigentumsübergang auf den Vertretenen geradezu verhindert werden.

Schon seit langer Zeit hat sich daher Theorie und Praxis bemüht, Rechtsformen zu finden, bei denen eine nochmalige Mitwirkung des Vertretenen nicht erforderlich ist. Diese erleichterten Rechtsformen glaubt man gefunden zu haben 1. in dem sog. antizipierten Besitzkonstitut und 2. in dem sog. Selbstkontrahieren des Vertreters.

Bei dem antizipierten Besitzkonstitut handelt es sich um eine Eigentumsübertragung, bei der die Parteien im Voraus, also ehe der Veräußerer selbst Besitz und Eigentum hat, sich über den Eigentumsübergang einigen und ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbaren, vermöge dessen der Veräußerer, sobald er die Sache erwirbt, diese als Besitzmittler für den Erwerber besitzen soll. Dann soll das Eigentum an der zu erwerbenden Sache in dem Augenblick, in dem der Beauftragte den Besitz erlangt, sofort vom Mittler auf den Geschäftsherrn weiter übergehen.

Enneccerus[97]), einer der eifrigsten Vertreter der Konstituts-Theorie lehrt: „Sind Vertreter und Vertretener darüber einverstanden, daß der (mittelbare) Besitz und das Eigentum für den Vertretenen erworben werden sollen, so tritt diese Wirkung in demselben Augenblick, in dem der Vertreter erwirbt, durch constitutum possessorium ein, also nicht durch die Tradition an den Vertreter, sondern durch eine mit dieser gleichzeitig vollendete weitere Übertragung des Vertreters an den Vertretenen". Nach ihm setzt sich das Geschäft des Konstituts aus den zwischen dem Vertreter und Vertretenen ausgetauschten Erklärungen, daß die demnächst stattfindende Besitzergreifung für den Vertretenen

[97]) Enneccerus, Allg. Teil § 167, II, S. 455, 456.

erfolge und auf ihn Eigentum übertrage und aus der Besitzergreifung selbst zusammen[98]).

Die Konstitutstheorie wird auch von Biermann[99]), Warneyer[100]), v. Tuhr[101]), von Staudinger-Kober[102]) und vor allem auch vom RG. in mehreren Entscheidungen vertreten.

Trotz der vielen Anhänger, die diese Theorie hat, kann sie m. E. doch nicht als richtig anerkannt werden. Zunächst spricht der Wortlaut des § 930 BGB. schon gegen die Konstitutstheorie. Nach § 930 BGB. kann die Übergabe durch Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses nur dann ersetzt werden, „wenn der Eigentümer bereits im Besitz der Sache ist". Voraussetzung für eine Übereignung nach 930 ist also stets, daß der Veräußerer zur Zeit der Einigung bereits Besitzer der Sache ist. Diese Meinung wird auch vertreten von M. Wolff[103]) und Leonhard[104]). Die Ansicht v. Tuhrs[105]), der Gesetzgeber habe nur an den nächstliegenden Fall gedacht, daß der Verfügende bereits Eigentümer sei, habe jedoch nicht ausschließen wollen, daß die Vereinbarung nach § 930 auch schon im Voraus getroffen werden könne, ist meiner Ansicht nach wenig überzeugend. Bei der Genauigkeit, die bei Abfassung des BGB. auf die Terminologie verwandt ist, ist kaum anzunehmen, daß diese Bestimmung so gefaßt wäre, wenn auch der entgegengesetzte Fall darunter fallen sollte. Dies ist umso weniger anzunehmen, als auch schon z. Zt. des gemeinen Rechtes diese Frage streitig geworden war. Außer dem Wortlaut des § 930 spricht aber auch die Erwägung gegen die Konstitutstheorie, daß nur derjenige einem Andern mittelbaren Besitz verschaffen kann, der selbst Besitzer ist. Wie nur derjenige übergeben kann, der selbst Besitz hat, so kann auch nur derjenige eine Besitzvereinbarung im Sinne des § 930 treffen und damit mittelbaren Besitz für einen Andern begründen, der selbst im Besitz der Sache ist. Trifft der nichtbesitzende Mittler mit dem Geschäftsherrn im Voraus eine Vereinbarung im Sinne des § 930, so liegt darin nicht ein dingliche Erfüllung, sondern nur ein persönliches Versprechen, das Eigentum später zu übertragen[106]).

Es kann darin auch nicht eine bedingte Eigentumsübertragung erblickt werden, die lediglich von der Besitzerlangung seitens des

[98]) Enneccerus, Allg. T. § 167, Anm. 5, S. 456.
[99]) Biermann, Sachenr. § 930, Anm. 1b, S. 202.
[100]) Warneyer, Sachenr. § 930, IV, S. 172 u. § 164, XI S. 327.
[101]) v. Tuhr, Jher. JB. Bd. 48, S. 47.
[102]) Staudinger-Kober, § 930 Anm. 1b, S. 459.
[103]) M. Wolff, Sachenr. § 67, I, 2, S. 193.
[104]) Leonhard, Vertr. b. F. S. 46.
[105]) v. Tuhr, Jher. JB. Bd. 48, S. 47.
[106]) so auch mit Recht Leonhard, VbF., S. 46.

Mittlers abhängig wäre[107]). Aber auch wenn es sich wirklich um ein bedingtes Rechtsgeschäft handeln sollte, so kann m. E. die Bedingung nur lauten: „Ich verpflichte mich Eigentum zu übertragen, wenn ich die Sache selbst erworben habe", aber nicht „Ich übertrage heute Eigentum für den Fall, daß ich später erwerben sollte".

Schließlich sprechen auch Gründe der Billigkeit und Zweckmäßigkeit gegen die Konstitutstheorie. Falls das Eigentum in demselben Augenblicke, sobald es der Mittler erworben hat, ohne sein Zutun lediglich auf Grund der früheren Vereinbarung zwischen Mittler und Geschäftsherrn sofort auf den Geschäftsherrn weiter übergehen würde, so würde einmal der Veräußerer, sodann aber auch der Mittler sehr leicht geschädigt werden können. Dem Veräußerer, der die Sache vielleicht als Vollstreckungsobjekt beim Mittler benutzen wollte, würde, ohne daß das irgendwie in Erscheinung träte, diese Möglichkeit vor vornherein genommen. Der Mittler selbst würde sich strafbar machen, falls er etwa der früheren Vereinbarung zuwiderhandelte und die Sache für sich verwenden würde. Alle diese Folgen zeigen doch, daß bei der Konstitutstheorie berechtigte Interessen des Veräußerers als auch des Mittlers völlig unberücksichtigt bleiben.

Die großen Gefahren, die dem Mittler drohen, wenn das Eigentum ohne weiteres lediglich auf Grund einer Abrede, die vielleicht lange zurückliegt, im Augenblick des Erwerbs durch den Mittler sofort auf den Herrn überschnellen würde, hat vor allem Kohler[108]) erkannt. Die Konstitutstheorie würde, wie Kohler ausführt „die Persönlichkeit verdammen, der notwendige Repräsentant eines Andern zu sein, sodaß was sie erwirbt, dem Andern verfiele." Er spricht deshalb davon, daß der Mittler in die Rechtsstellung eines Sklaven herabgedrückt würde, der, mag er wollen oder nicht, für seinen Herrn erwirbt.

Diese Schwäche der Konstitutstheorie haben auch einige ihrer Vertreter, so vor allem auch das RG. erkannt. In einer Reihe von Entscheidungen[109]) will daher das RG. die Konstitutstheorie nicht rein anwenden, sondern in dem Bestreben, den Vertreter nicht zum willenslosen Erwerbsinstrument zu machen, macht daher das RG. den Eigentumsübergang vom Vertreter auf den Vertretenen nicht nur von der Besitzerlangung des Vertreters, sondern noch von weiteren Voraussetzungen abhängig. So soll nach den eben zitierten Entscheidungen, die noch beliebig vermehrt werden können, Besitz und Eigentum nur dann übergehen, „wenn eine äußerlich in die Erscheinung tretende Ausführungshandlung des

[107]) so bes. Planck-Brodmann, zu § 930.
[108]) Kohler, Bürgl. Archiv, Bd. 18, S. 102 ff.
[109]) RG 73, S. 418; RG i. DJZ. 1912, S. 225; RG in JW. 1912 S. 144. RG in Gruchot 53, S. 1049.

Vertreters hinzukommt, die den Übertragungswillen des Vertreters erkennbar macht[110]). Andere Entscheidungen[111]) schränken diese ziemlich hohe Anforderung dahin ein, es sei nicht erforderlich, daß die Eigentumsübertragung für jeden Dritten erkennbar sei, es genüge vielmehr, wenn nur für den Erwerber ersichtlich werde, daß der Vertreter die neu erworbenen Gegenstände für ihn besitze. Nach dieser Ansicht geht also das Eigentum durch antizipiertes Besitzkonstitut nicht schon dann über, wenn der Vertreter den Besitz erlangt, sondern erst wenn für den Erwerber ersichtlich wird, daß der Mittler der früheren Vereinbarung gemäß die Sache als Eigentum des Geschäftsherrn besitzt. Nach dieser Ansicht bleibt es also immer dem Mittler überlassen, ob er Eigentum übertragen will oder nicht; von einer „sklavischen Unterwerfung" unter den Willen des Herrn könnte also keine Rede sein. So richtig dieses Bestreben des RG. ist, die letzte Entscheidung dem Mittler zu überlassen, ob er die Sache dem Herrn übertragen will oder nicht, so muß es doch andererseits auch wieder Zweifel erwecken, ob die Konstitutstheorie selbst richtig ist.

Wenn man konsequent erst immer eine erkennbare Ausführungshandlung verlangt, so wird damit dem antizipierten Besitzkonstitut als solchem seine Bedeutung genommen. Denn das antizipierte Besitzkonstitut, das zu seiner Wirksamkeit erst einer erkennbaren Ausführungshandlung bedarf, ist sachenrechtlich bedeutungslos. Das Entscheidende ist immer erst, ob der Mittler nach der Besitzerlangung nun tatsächlich Eigentum übertragen will und dementsprechend eine erkennbare Ausführungshandlung vornimmt. In der Regel wird man in der sog. erkennbaren Ausführungshandlung erst den Abschluß eines gewöhnlichen Besitzkonstituts im Wege des Selbstkontrahierens (§§ 930, 181) erblicken müssen. Über diese Möglichkeit wird im folgenden Paragraphen Näheres ausgeführt werden. Hier ist nur festzustellen, daß gerade das vom RG. aufgestellte Erfordernis der erkennbaren Ausführungshandlung gegen die Richtigkeit der Konstitutstheorie spricht. Aus demselben Grunde lehnt auch Planck-Brodmann[112]) das antizipierte Besitzkonstitut ab. Er sagt, wenn der Veräußerer den Willen, die Sache für einen Dritten zu besitzen, irgendwie betätigen müsse, dann verlege man in Wahrheit das Konstitut auf diesen späteren Zeitpunkt und mache aus dem bedingten Konstitut die Eingehung einer bedingten Verbindlichkeit zu konstituieren[113]). Planck sieht daher das für den Eigentumsübergang entscheidende Moment erst in dem

[110]) RG 73, S. 418.
[111]) RG 99, 210; RG in JW. 1917 S. 217. RG in JW. 1912 S. 798.
[112]) Planck-Brodmann, § 930, Anm. 5, S. 370.
[113]) Planck-Brodmann, § 930, Anm. 4, S. 369.

späteren Konstitut, das der Mittler als Vertreter seines Herrn mit sich selbst vereinbart.

Crome[114]) läßt ebenso wie das RG. ein antizipiertes Besitzkonstitut zu. Auch er ist der Meinung, eine solche vorweggenommene Vereinbarung sei nur wirksam, wenn sie beim Erwerb der Sache noch bestehe und sich durch die Tat äußere. Die Vereinbarung allein hat also noch keine Wirkung. Es muß stets noch etwas hinzukommen, und zwar ist das in der Regel ein Selbstkontrahieren. Es ist nicht einzusehen, worin die Bedeutung, des antizipierten Besitzkonstituts liegen soll, wenn nach der Besitzerlangung immer noch ein neues Besitzkonstitut durch Selbstkontrahieren geschaffen werden muß.

Für den Eigentumsübergang, für den das antizipierte Besitzkonstitut eigens konstruiert ist, hat es keine Bedeutung. Man kann vielmehr darin lediglich eine obligatorische Verpflichtung erblicken, kraft deren der Mittler gehalten ist, dem Vertretenen das Eigentum, sobald er es erlangt, zu übertragen; dingliche Wirkung hat es dagegen nicht. So auch Lenel[115]), Eccius[116]), Leonhard[117]). Mit Recht weist Lenel a.a.O. darauf hin, daß eine solche für die Zukunft übernommene Verpflichtung die wirkliche Übergabe nicht zu ersetzen vermöge und den rechtlichen Charakter des erst noch zu begründenden Besitzverhältnisses nicht festlegen könne. Wenn Müller[118]), ebenfalls ein Anhänger der Konstitutstheorie, demgegenüber darauf hinweist, daß die Veräußerung wirtschaftlich keine größere Gefahr bedeute als eine gültige Verpflichtung dazu, so sei nur darauf hingewiesen, daß allein schon in strafrechtlicher Beziehung ganz andere Folgen eintreten, je nachdem, ob der Mittler fremdes Eigentum verletzt oder ob er nur eine bestehende Verpflichtung nicht erfüllt hat.

Damit dürften denn alle von den Anhängern der Konstitutslehre ins Feld geführten Gründe sich als nicht durchschlagend erwiesen haben und die Unzulässigkeit eines Eigentumsüberganges auf Grund eines antizipierten Besitzkonstituts dargetan sein.

§ 16.

Als zweiter Weg, das Eigentum ohne nochmalige Mitwirkung des Vertretenen vom Mittler auf den Geschäftsherrn übergehen zu lassen, wird von Theorie und Praxis das sog. Selbstkontrahieren bezeichnet. Darunter versteht man, daß der Mittler, der durch sein Handeln als indirekter Stellvertreter das Eigentum zunächst erworben hat, durch Vertrag mit sich selbst das Eigentum auf den

[114]) Crome, System d. BGB. S. 203.
[115]) Lenel, Jher. JB. Bd. 36, S. 68 ff.
[116]) Eccius, DJZ. 1904, S. 54 ff.
[117]) Leonhard, VbF., S. 46.
[118]) Müller, in Gruch. Beiträgen Bd. 54, S. 247.

Vertretenen überträgt. Dazu ist zunächst erforderlich, daß der Mittler als Vertreter des Auftragsgebers mit sich selbst als Eigenperson im Wege des Selbstkontrahierens die dingliche Einigung über den Eigentumsübergang abschließt. Sodann muß der Mittler ebenfalls durch Vertrag mit sich selbst ein Rechtsverhältnis im Sinne der §§ 930, 868 BGB. vereinbaren, vermöge dessen der Mittler seinen unmittelbaren Eigenbesitz in unmittelbaren Fremdbesitz umwandelt und damit den Auftraggeber zum mittelbaren Besitzer macht. Durch diese Vereinbarung wird die nach § 929 zum Eigentumsübergang erforderliche Übergabe ersetzt. Erwähnt sei dabei noch, daß ein sog. abstraktes Konstitut, der A solle für B besitzen, nicht genügt[119]), sondern es muß stets ein Rechtsverhältnis der im § 868 genannten Art oder ein ähnliches vereinbart sein. Als solche kommen hier vor allem der Auftrag und Verwahrungsvertrag in Frage. Vereinbart der Mittler mit sich selbst ein solches Rechtsverhältnis, kraft dessen er den mittelbaren Besitz dem Auftraggeber verschafft und schließt er mit sich selbst eine dingliche Einigung über den Eigentumsübergang, so wird mit diesem Augenblick der Auftraggeber Eigentümer — vorausgesetzt, daß das Selbstkontrahieren zulässig ist.

Im römischen und gemeinen Recht war die Frage sehr bestritten, ob der Vertreter eines Andern mit sich als eigener Person ein Geschäft abschließen konnte. Während die einen die Möglichkeit des Selbstkontrahierens schon aus rein logischen Erwägungen ablehnen zu müssen glaubten, bestritten andere, die das Selbstkontrahieren an und für sich anerkannten, die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens wegen der damit verbundenen Interessenkollission[120]). Dieser Widerstreit der Lehren hat auch auf die Entstehungsgeschichte des in der Frage des Selbstkontrahierens entscheidenden § 181 BGB. eingewirkt. Der erste Entwurf zum BGB. bejahte die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens[121]).

Die zweite Kommission[122]) hielt jedoch die Gründe gegen die Zulässigkeit des Selbstabschlusses für überwiegend. Sie war der Auffassung, daß das Selbstkontrahieren in der Regel eine Interessenkollission und damit sehr leicht eine Schädigung der vertretenen Partei mit sich bringe. Aus diesem Grunde müsse für den Regelfall die Unzulässigkeit des Selbstabschlusses ausgesprochen werden. Ausnahmen könnten nur gemacht werden, soweit das

[119]) M. Wolff, Sachenrecht, § 67, I, 1, S. 192, RG. 49, S. 170 ff.; JW. 1927, S. 669.

[120]) vgl. einerseits Mitteis, Lehre v. d. Stellv. § 23 S. 197 ff u. andererseits Muskat, ZfHR. Bd. 33, S. 507 ff und die bei Enneccerus zit. Schriftsteller § 168, Anm. 9, S. 457.

[121]) Motive, I, S. 224 ff.

[122]) Prot. I, S. 175; Staudinger § 181, Anm. 3, S. 664. Planck-Flad, § 181, Anm. 1, S. 479.

Verkehrsbedürfnis dies erfordere und die Verkehrssicherheit nicht entgegenstehe. Demgemäß kam die zweite Kommission zu dem Ergebnis, daß das Selbstkontrahieren nur dann zu gestatten sei, wenn es sich um Rechtsgeschäfte handele, die ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen und ferner, wenn das Selbstkontrahieren dem Vertreter von dem Vertretenen, der allein schutzbedürftigen Person, gestattet sei.

Entsprechend diesen Erwägungen in der zweiten Kommission wurde auch die Regelung im Gesetz getroffen. § 181 stellt die Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens als Regel auf. Nur in zwei Ausnahmefällen ist das Selbstkontrahieren für zulässig erklärt, nämlich 1. wenn es dem Vertreter gestattet ist und 2. wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Dies gilt sowohl für den gewillkürten als auch den gesetzlichen Vertreter.

„Gestattet" ist das Selbstkontrahieren danach, wenn eine ausdrückliche rechtsgeschäftliche Erklärung des Vertretenen vorliegt, die den Vertreter expressis verbis zum Selbstabschluß ermächtigt. Das ist jedoch nicht der einzige Fall. Die Ermächtigung kann vielmehr auch stillschweigend erteilt sein[123]); die Fassung des § 181 würde sonst eine andere sein müssen, wenn nur eine ausdrückliche Erklärung des Vertretenen genügen sollte. Das darf jedoch nicht dazu führen, in jeder Vollmacht auch zugleich die Ermächtigung zum Selbstabschluß erblicken zu wollen. Damit würde der Zweck des § 181, den Vertretenen zu schützen, vollkommen vereitelt, wenn der Vertreter auf Grund einer Vollmacht allein, die zum Abschluß mit Dritten berechtigt, das Geschäft in jedem Falle auch mit sich selbst abschließen dürfe. Bei der Frage, wann eine stillschweigende Gestattung zum Selbstabschluß anzunehmen ist, müssen vielmehr die sämtlichen Umstände berücksichtigt werden, insbesondere der Zweck und Umfang der Vollmacht und vor allem die Verkehrsüblichkeit. Nach Oertmann[124]) ist eine stillschweigende Gestattung überall da zu unterstellen, wo der Akt des Selbstkontrahierens entweder dem eigenen Interesse des Vertretenen entspricht oder ihm doch nicht widersprechen kann und zugleich verkehrsüblich ist.

Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten die Tätigkeit des indirekten Stellvertreters, so muß man feststellen, daß die erste Voraussetzung ganz sicher vorliegt. Daß das Eigentum an der vom Vertreter erworbenen Sache auf den Vertretenen übergeht, entspricht ganz sicher dem Interesse des Vertretenen, ja es ist sogar der einzige Zweck des Tätigwerdens des Vertreters. Sollte

[123]) Enneccerus, § 168, Anm. 14, S. 458; Planck-Flad, § 181, 1c, S. 480.
[124]) Oertmann § 181, Anm. 3b, S. 663.

das Selbstkontrahieren des Vertreters beim Erwerb durch indirekten Stellvertreter auch zugleich verkehrsüblich sein — eine Frage, die nur von Fall zu Fall entschieden werden kann — so wäre das Selbstkontrahieren infolge stillschweigender Gestattung von Seiten des Vertretenen zulässig und damit ein Weg gegeben, das Eigentum ohne nochmalige Mitwirkung des Vertretenen vom indirekten Vertreter auf den Vertretenen übergehen zu lassen.

Als zweite Ausnahme vom Verbot des Selbstkontrahierens hat der Gesetzgeber das Selbstkontrahieren zugelassen, wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich um eine Verbindlichkeit des Vertretenen an den Vertreter oder um eine solche des Vertreters an den Vertretenen handelt, oder endlich, wenn der Vertreter zugleich mehrere vertritt, daß er im Namen des einen Vertretenen an den andern erfüllt[125]). Auch dieser Ausnahmefall vermag eine praktische Lösung der uns beschäftigenden Frage zu geben. Der indirekte Vertreter ist auf Grund des zwischen ihm und dem Vertretenen (Auftraggeber) bestehenden Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrags nach § 667 oder § 675 mit § 667 verpflichtet, alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, hier also das Eigentum, herauszugeben. Dieser seiner Herausgabepflicht kommt der indirekte Vertreter nach, indem er das Eigentum auf den Auftraggeber überträgt. Wenn also der Vertreter mit sich selbst kontrahierend das Eigentum auf sich als Vertreter des Auftraggebers überträgt, so handelt er in Erfüllung des Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrags. Auch aus diesem Grunde dürfte die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens des indirekten Vertreters beim Eigentumserwerb erhellen. Wir kommen daher zu der Feststellung, daß der Vertreter durch Selbstkontrahieren Eigentum auf den Vertretenen übertragen kann.

Damit das Selbstkontrahieren im Einzelfall rechtswirksam ist, muß es äußerlich wahrnehmbar in die Erscheinung treten. Es genügt nicht die bloße Änderung des Willens des Vertreters, sondern es muß stets eine Handlung hinzukommen, die erkennen läßt, daß der Vertreter die Sache nur noch als Besitzmittler und als Eigentum des Vertretenen besitzt. Mit dieser im Gesetz nicht ausdrücklich genannten Voraussetzung hat man einerseits erreichen wollen, daß sich der Selbstkontrahierungsakt nicht unbemerkbar in der Person des Vertreters vollziehen sollte. Zum andern glaubte man aber auch aus rein dogmatischen Erwägungen an dieser Voraussetzung festhalten zu müssen, da zum Tatbestand einer Willenserklärung, die für jedes Rechtsgeschäft unentbehrlich ist, ein innerer Wille, der nicht irgendwie geäußert wird, nicht

[125]) Planck-Flad, § 181, Anm. 1, S. 479.

genügt[126]). Fast einheitlich wird daher von Literatur und Rechtsprechung verlangt, daß das Selbstkontrahieren, um rechtswirksam zu sein, äußerlich in die Erscheinung treten müsse[127]).

Streit herrscht jedoch wieder über die Frage, welche Handlungen im einzelnen ausreichen, um das Selbstkontrahieren wahrnehmbar in die Erscheiunng treten zu lassen. Eine Anzeige des Vertreters an den Vertretenen, daß er die gewünschte Sache erworben habe und sie dem Vertretenen übereigne, eine Erklärung des Vertreters vor einer Urkundsperson oder vor Zeugen, ein Eintrag in die Handelsbücher des Vertreters muß ohne weiteres als hinreichende Verlautbarmachung des Selbstabschlusses angesehen werden. Damit ist jedoch keine abschließende Aufzählung gegeben; sondern dies sind nur häufig wiederkehrende Beispiele.

Streit herrscht besonders darüber, ob es genügt, wenn der Vertreter die erworbene Sache in ein besonderes Behältnis, etwa einen Briefumschlag legt und diesen mit dem Namen des Vertretenen versieht. Lenel[128]), Hupka[129]) und Leonhard[130]) halten eine derartige Handlung nicht für ausreichend. Lenel verlangt einen Akt, der den Kommissionär dem Kommittenten gegenüber bindet: Ein geheimes unkontrollierbares Handeln des Kommissionärs, an dem er nicht festgehalten werden könne, genüge nicht. Hupka a.a.O. will nur solche Erklärungen gelten lassen, die nicht durch unkontrollierbare Zurückziehung wieder beseitigt werden können. Er erkennt deshalb nur die vor einer öffentlichen Urkundsperson abgegebenen Erklärungen, die Erklärungen an den Vertretenen und endlich den Eintrag in die der öffentlichen Kontrolle unterliegenden Handelsbücher des Vertreters an.

Diese Beschränkung, die einer völligen Unterbindung des Selbstabschlusses beinahe gleichkommt, ergibt sich, wie Enneccerus[131]) mit Recht hervorhebt, weder aus dem § 181 BGB. noch aus dem Wesen des Geschäftsabschlusses, der nur Erkennbarkeit der Willenserklärung nicht eine Garantie für fortdauernde Erkennbarkeit fordert. Will man eine allgemeingültige Regel aufstellen, so kann man mit Oertmann[132]) nur ganz

[126]) Oertmann, § 181, Anm. 4a, S. 664, 665. Planck-Flad, § 181, 1a, S. 480; — Staudinger-Riezler § 181 Anm. 8, S. 740.

[127]) Enneccerus, § 168, III, S. 458 — v. Tuhr, Allg. Teil § 84, S. 362. — Warneyer, § 930 IV, S. 172. — RG. 52, S. 130 — RG. 63, S. 16 — RG. 68, S. 179 — RG. 121, S. 33.

[128]) Lenel, Jher. JB. Bd. 36, S. 71.

[129]) Hupka, Vollmacht, S. 278 ff.

[130]) Leonhard, VbF., S. 98.

[131]) Enneccerus, § 168 Anm. 10, S. 458.

[132]) Oertmann, § 181 Anm. 4a, S. 665.

allgemein sagen, „es reicht jede genügend deutliche Kundmachung des Geschäftswillens aus." Insbesondere muß also entgegen Hupka auch eine Erklärung vor Zeugen genügen und auch eine Aussonderung aus dem eigenen Vermögen, wenn eine weitere Handlung hinzukommt, wie z. B. die Einverleibung in das Depot eines Andern oder in eine besondere Mappe, die mit dem Namen des Kunden versehen wird. Gerade in dem letztern Umstand liegt die nach außen wahrnehmbare Kundgabe des Geschäftswillens, die auch jederzeit bewiesen werden kann, sei es durch Zeugen, die die Handlungen wahrgenommen haben, oder evtl. durch Parteieid des Vertreters selbst, falls sich die Klage gegen hin selbst richtet. Diesen Standpunkt vertreten auch Staudinger[133]), Wolff[134]), Staub[135]), Oertmann[136]), Planck[137]), ferner auch das RG.[138]).

Diese eben entwickelten Grundsätze gelten auch für das Recht der Wertpapiere; auch diese können vom Vertreter, wenn er sie im eigenen Namen erworben hat, im Wege des Selbstkontrahierens auf den Auftraggeber übertragen werden. § 7 des Depotgesetzes vom 5. 7. 1896 in der Fassung der Verordnung vom 21. 11. 1923 trifft nur insofern eine Sonderregelung, als er den Zeitpunkt festlegt, in dem spätestens das Eigentum an den eingekauften Wertpapieren auf den Auftraggeber übergeht. § 7 des Depotgesetzes bestimmt: „Mit der Absendung des Stückeverzeichnisses geht das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten über, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen der Übergang des Eigentums schon in einem früheren Zeitpunkte eintritt, bleiben unberührt". In der Absendung des Stückeverzeichnisses ist, soweit das Eigentum noch nicht früher übergegangen ist, die Vollziehung eines constitutum possessorium zu erblicken, das der Vertreter mit sich selbst abschließt[139]).

Schließt also der Vertreter durch Vertrag mit sich selbst die dingliche Einigung und ferner ein Rechtsverhältnis der im § 930, 868 BGB. bezeichneten Art, kraft dessen er die erworbene Sache als Besitzmittler des Vertretenen besitzt, und läßt er dabei den Eigentumswechsel erkennbar in die Erscheinung treten, so geht

---

133) Staudinger, § 181, Anm. 8, u. § 930, Anm. 4b, S. 463.
134) Wolff, § 67, I, 4, S. 194.
135) Staub, HGB. § 383, Anm. 33 ff.
136) Oertmann, § 181, 4a, S. 665.
137) Planck-Flad, § 181, 1a, S. 480.
138) RG. 52, S. 132 ff — RG. 86, S. 264 u.a.m.
139) Langen, Eig. Erwerb und Verlust S. 50. So auch RG. Bd. 104, S. 120

das Eigentum gemäß §§ 181, 930 BGB. in dem Augenblick des Selbstabschlusses vom Vertreter auf den Vertretenen über.

Was bisher über den Besitzmittler ausgeführt ist, gilt entsprechend auch für den Besitzdiener. Wie der Besitzmittler seinen unmittelbaren Eigenbesitz in unmittelbaren Fremdbesitz gemäß §§ 930, 868 BGB. umwandelt, so kann auch der „nachmalige Besitzdiener" seinen unmittelbaren Eigenbesitz in Besitzdienerschaft umwandeln[140]). Hat z. B. ein Vertreter, der zu dem Vertretenen in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis steht und deshalb Besitzdiener ist, beim Erwerb der Sache im eignen Namen gehandelt und die Sache für sich erwerben wollen, so wird zunächst der Besitzdiener Eigentümer, da die Sache dann nicht „in" einem Besitzdienstverhältnis erworben ist. Will nun der Besitzdiener die Sache auf seinen Herrn weiterübertragen, so bietet § 181 BGB. ihm hierzu eine Handhabe. Der ursprüngliche Erwerber muß dann in seiner Eigenschaft als Eigentümer und unmittelbarer Besitzer mit sich selbst als dem Vertreter und künftigen Besitzdiener seines Herrn einen Vertrag schließen, kraft dessen er sich über den Eigentumsübergang und darüber, daß er die Sache künftig als Besitzdiener für den Herrn besitzen will, einigt. Daß bei Abschluß dieses Vertrages die früher dargelegten Voraussetzungen des § 181 erfüllt sein müssen, dürfte selbstverständlich sein. Das Selbstkontrahieren muß also dem Besitzdiener erlaubt sein, oder es muß geschehen ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit und endlich muß das Selbstkontrahieren, um rechtswirksam zu sein, äußerlich in die Erscheinung treten.

Damit dürfte dargetan sein, daß das Selbstkontrahieren eine recht brauchbare Lösungsmöglichkeit für den indirekten Vertreter ergibt, das Eigentum ohne nochmalige Mitwirkung des Vertretenen auf diesen zu übertragen, sei es nun, daß der Vertreter als Besitzmittler oder als Besitzdiener das Eigentum zunächst für sich erworben hat.

Für diese von uns vertretene Theorie haben sich daher auch bereits viele Schriftsteller und auch mehrere Entscheidungen ausgesprochen. Diese Theorie wird vertreten, z. T. neben anderen Theorien von Planck-Brodmann[141]), Staudinger-Kober[142]), v. Tuhr[143]), Warneyer[144]), Przibilla[145]), K. Lehmann[146]) und anderen. Diese Theorie ist nicht ge-

[140]) Staudinger-Kober, § 855, II, 10, S. 33 RG. 99, S. 208 ff.
[141]) Planck-Brodmann, § 929, Anm. 5, S. 365.
[142]) Staudinger-Kober § 930, Anm. 4, S. 463.
[143]) v. Tuhr, Allg.T. § 84, Anm. VI, S. 362.
[144]) Warneyer, Komm. § 930, Anm. IV. S. 172.
[145]) Przibilla, Jher. JB. Bd. 50, S. 343.
[146]) Lehmann, K., Zeitschr. f. HR. Bd. 51, S. 268.

zwungen, positive gesetzliche Vorschriften außer Acht zu lassen. Sie entspricht am besten den Interessen der an der Eigentumsübergabe beteiligten Parteien. Sie macht den Vertreter nicht zum willenlosen Objekt des Vertretenen, sondern läßt stets den Vertreter entscheiden und zwingt andererseits nicht, den Vertretenen noch einmal zu bemühen. Sie ermöglicht es dem Vertreter, sobald er will, das Eigentum weiter zu übertragen und damit seine Pflicht gegenüber dem Auftraggeber auf Grund des zwischen ihnen bestehenden obligatorischen Vertrages (Auftrag) zu erfüllen.

Lebenslauf

Am 2. April 1901 wurde ich in Wettesingen, Kreis Wolfhagen, als Sohn des Landwirts August Wagner und seiner Ehefrau Friederike geb. Poeppler geboren. Von meinem sechsten bis zum zwölften Lebensjahr besuchte ich die Volksschule in Wettesingen. Ostern 1913 trat ich in die Sexta des humanistischen Gymnasiums zu Warburg i. Westf. ein. Nach 9-jährigem Besuch dieser Schule wurde mir das Reifezeugnis unter Befreiung von der mündlichen Prüfung zuerkannt.

Von Ostern 1922 ab besuchte ich die Philippsuniversität in Marburg, um mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu widmen. Im Sommersemester 1924 studierte ich an der Universität München. Im Herbst 1924 kehrte ich nach Marburg zurück und beendete dort mein juristisches Studium.

Am 30. März 1927 bestand ich vor dem juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Dann arbeitete ich bis Mai 1930 als Gerichtsreferendar beim Amts-, Land- und Oberlandesgericht in Kassel.

Vor dem juristischen Landesprüfungsamt in Berlin legte ich am 22. Januar 1931 die große juristische Staatsprüfung ab.

Dann war ich ein halbes Jahr lang in einer Anwaltspraxis in Kassel als juristischer Mitarbeiter beschäftigt. Zur Zeit bin ich als Gerichtsassessor beim Amtsgericht Volkmarsen tätig.

Inzwischen habe ich meine Doktordissertation fertiggestellt und am 6. März 1933 meine mündliche Doktorprüfung vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg mit „Gut“ bestanden.